# COMENTARIOS
# Á LAS LEYES DE TORO,

SEGUN SU ESPÍRITU

Y EL DE LA LEGISLACION DE ESPAÑA,

EN QUE SE TRATAN

## LAS CUESTIONES PRÁCTICAS,

ARREGLANDO SUS DECISIONES Á LAS LEYES Y RESOLUCIONES MAS MODERNAS QUE EN EL DIA RIGEN:

Obra útil á todos los que no hayan estudiado el Derecho romano, por proscribirse de ella las citas de él, y á los que acaban de estudiarle por las modernas Reales resoluciones que no pudieron comprender los antiguos comentadores.

COMPUESTA

*POR DON JUAN ALVAREZ POSADILLA,*
*DEL CONSEJO DE S. M., FISCAL DEL CRIMEN DE LA REAL AUDIENCIA DE VALENCIA.*

TERCERA IMPRESION.

MADRID:
Imprenta de Don Antonio Martinez.=1826.

# PRÓLOGO.

Despues de instruido el escribano en la práctica criminal por principios como vmd., señor lector, puede ver, quiso, porque el saber no ocupa lugar, instruirse en las materias prácticas que se tratan en las leyes de Toro, de cuyas lecciones resultaron los Comentarios á ellas que á vmd. presento. No hay razon para que hecho el trabajo prive á vmd. de su utilidad; pues sea profesor que acabe de estudiar el Derecho romano, sea litigante, podrán tenerle mas interes estos Comentarios que al escribano. Bueno es que el escribano sepa el derecho de los que litigan; pero mas interesa á los letrados y á los litigantes. Muchos se han empeñado en esplicarnos las leyes de España por las de los romanos, y aun las de Toro, cuyos legisladores parece las detestaban de nuestros tribunales. El cúmulo y confusion de citas romanas con que los comentadores de estas leyes han cargado sus trabajos literarios, hace oscura la inteligencia de ellos, y la adhesion á la legislacion romana ha hecho á veces á los autores apartarse del verdadero sentido de nuestras leyes: por esto, y porque han salido varias resoluciones posteriores que no comprenden los antiguos Comentarios, me ha parecido publicar estos, no solo para los que carecen de la instruccion del Derecho romano, sino para los profesores de él que aun no han hecho estudio práctico con madurez y reflexion. El fin que me propongo en publicarlos es de que todo español, sea hombre ó muger, pueda entender las materias prácticas que en las LXXXIII leyes de Toro se tratan, sin la confusion que las citas del Derecho romano causan; pues si las leyes estan en castellano para que todos la entiendan, ¿por qué no lo han de estar sus Comentarios? y si los legisladores de ellas escluyeron de nuestros tribunales las leyes romanas, ¿por qué sus Comentarios han de

cargarse de sus citas, ni esplicarlas en latin? Pues vaya la esplicacion de las leyes de Toro en castellano; sin confusion de citas de leyes estrañas, y con arreglo á la legislacion práctica del reino y modernas resoluciones, para que todo el que tenga interes ó gusto en la inteligencia de las materias que se tocan en ellas, sin haber estudiado el Derecho romano las pueda entender; y el que le haya estudiado, sin confusion con él, las pueda entender mejor, é instruirse en las resoluciones modernas que no pudieron comprender los antiguos comentadores. No sé si gustará á vmd. la jurisprudencia por preguntas y respuestas: lo cierto es de que los mas de aquellos para quienes se hizo este trabajó tienen necesidad de toda esta claridad, y los muchos deben ser preferidos á los pocos. El sabio lector conocerá que no se han escrito estos Comentarios sino para los muchos que carecen de principios, ó de prácticos conocimientos en las materias que se tocan en ellos, y estos muchos me serán deudores á la buena voluntad y deseos de su fácil instruccion en esta parte de jurisprudencia.

# ÍNDICE

## DE LAS LEYES Y MATERIAS QUE EN ELLAS SE CONTIENEN.

# INTRODUCCION.

*Abogado.* Seas muy bien venido: ¿pues qué novedad te trae en este tiempo en que los Escribanos en lo regular se hallan ocupados con las elecciones de oficios de justicia, remates de abastos, y otras cosas de principio de año?

*Escribano.* Acabé de recibir por el correo el título de Escribano de esta villa, y luego me puse en camino á noticiarlo á vmd.

*Ab.* Lo celebro si te acomoda; pero creo que no valdrá mas la escribanía de esta villa que la que tú tienes.

*Esc.* Es muy corta la diferencia; pero á la verdad por estar al lado de vmd., mas que por otra cosa, he solicitado la escribanía vacante de esta villa, no obstante que vale lo mismo, ó poco mas que la que dejo.

*Ab.* Lo creo muy bien de tu afecto, y del que tendrás á tu patria.

*Esc.* Es muy debido el amor á la patria; pero crea vmd. que en la ocasion lo principal que me ha movido ha sido el estar cerca de vmd. por lo que me pueda ocurrir, y tambien por aprender mas que lo que sé; pues ya que vmd. se ha tomado el trabajo de enseñarme lo poco que sé, y que el saber no ocupa lugar, quiero tener la proporcion de aprender mas y mas, pues en los muchos ratos que tendremos desocupados algo hemos de hablar en que aprenda; y mas sabiendo vmd. que este ha sido el fin de mudar de escribanía, espero de que no se negará á continuar dándome instrucciones en lo que ocurra y convenga saber, aunque no sea precisa su noticia á un Escribano.

*Ab.* Si tú quieres venir á acompañarme las horas que no son de estudio, hablaremos lo que ocurra, y te diré lo que me preguntes.

*Esc.* Sabe vmd. que habiendo sido bien recibida como

ha sido la Práctica criminal por principios, he pensado en publicar el segundo cartapacio en que vmd. me enseñó el plenario de dichas causas, con lo demas que comprende.

*Ab.* Los abusos mayores están en el sumario, y asi no deja de interesar; pero el plenario, como lo que se dice en él se halla en otros libros, no hay necesidad de que se publique.

*Esc.* No obstante, como del primero ó sumario tienen todos necesidad, bueno sería que tuviesen en el mismo método el plenario, para ahorrarse de comprar otro autor para instruirse.

*Ab.* No seria malo; pero lo que te digo es, que necesidad no hay de él como del primero: tú puedes hacer lo que te pareciere.

*Esc.* Ya pensaremos despacio lo que se ha de hacer; lo que quisiera, despues de que me mude, es que me esplicára vmd., supuesto que Dios mediante tendremos los dias sin tasa, las leyes que llaman de Toro, porque oigo hablar y nombrar tanto esas leyes, y me ha entrado gana tiempo hace de saber y entenderlas.

*Ab.* Hombre, eso es mucho para un Escribano.

*Esc.* Vmd. me ha dicho, y yo lo digo tambien, que el saber no ocupa lugar.

*Ab.* Las leyes de Toro las comenta el Antonio Gomez: tú entiendes latin, con que puedes instruirte por él, preguntando lo que no entiendas; bien que está tan adicto al Derecho de los romanos, y es tanto lo que habla de él, que me hago cargo que para quien no haya estudiado la jurisprudencia romana es una confusion.

*Esc.* Yo haré lo que vmd. mande; pero lo que yo quisiera es que empezásemos por la primera ley hasta la última, que creo son solo 83, y en ratos desocupados, como hemos hecho con la sustanciacion de las Causas criminales, fuésemos hablando, y vmd. contestando y esplicándome cada ley por el mismo estilo que en las Causas criminales, y yo tendria el cuidado de trasladar lo que cada dia hablásemos como hasta aquí.

*Ab.* ¿Y qué te parece que son pocas las materias de jurisprudencia que se comprenden en las tales 83 leyes de Toro?



*Esc.* No digo que no serán muchas, pero Dios y ellas lo harán.

*Ab.* Cierto que en muchos dias aun las cosas mas largas se concluyen; tú te has empeñado en saber mas que los demas Escribanos; y á tan buenos deseos, y aplicacion como la tuya, yo no me puedo negar; y asi te ofrezco de que en viniendo y sentando tu casa daremos principio á las leyes de Toro, supongo que con la condicion de que todo lo asientes á la letra en tu cartapacio; pero en el supuesto de que ha de ser por el órden de las leyes no será con la division de lecciones ó diálogos, sino con la de leyes, continuando sin separacion lo que corresponda á cada una, aunque sean muchos los dias que se ocupen en algunas.

*Esc.* Como vmd. disponga, que á mí eso me es indiferente; y pues quedamos ya convenidos, deme vmd. su licencia, que voy á ver á los demas parientes, y haremos diligencias de casa para mudarme á la mayor brevedad.

*Ab.* Ve cuando quieras y donde quieras.

## LEY PRIMERA.

*Primeramente: Por cuanto el Señor Rey Don Alfonso en la villa de Alcalá de Henares, era de 1386 años, hizo una ley cerca del órden que se debia tener en la determinacion y decision de los pleitos é causas; el tenor de la cual es este que se sigue.*

*Nuestra intencion é voluntad es, que los nuestros naturales, é moradores de los nuestros reinos sean mantenidos en paz y en justicia: é como para esto sea menester dar leyes ciertas por do se librasen los pleitos y las contiendas, que acaescen entre ellos; é maguer, que en la nuestra Corte usan del fuero de las leyes, é algunas villas del nuestro señorío lo han por fuero, y otras ciudades é villas han otros fueros departidos, por los cuales se pueden librar algunos de los pleitos: pero porque muchas son las contiendas y los pleitos que entre los homes acaescen, é se*

*mueven de cada dia, que no se pueden librar por los fueros: por ende, queriendo poner remedio convenible en esto, establecemos y mandamos, que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos halláremos que se deben enmendar y mejorar, y en lo al que son contra Dios, y contra razon, y contra las leyes que en este nuestro libro se contienen: por las cuales leyes de este nuestro libro mandamos, que se libren primeramente todos los pleitos civiles y criminales. Y los pleitos, y las contiendas, que no se pudieren librar por las leyes de este nuestro libro, y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las Siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro bisabuelo mandó ordenar; como que fasta aqui no se halla que fuesen publicadas por mandado del Rey, ni fueron habidas, ni recibidas por leyes: pero Nos mandámoslas requerir, é concertar, é enmendar en algunas cosas que cumplia; y asi concertadas, y enmendadas, porque fueron sacadas, é tomadas de los dichos de los Santos Padres, é de los dichos y derechos, é dichos de muchos sabios antiguos é de fueros, y costumbres antiguas de España, dámoslas por las nuestras leyes: é porque sean ciertas, y no hayan razon de tirar, y enmendar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos hacer de ellas dos libros, uno sellado con nuestro sello de oro, y otro sellado con nuestro sello de plomo, para tener en nuestra Cámara; para en lo que oviere duda, que lo concertedes con ellas; y tenemos por bien, que sean guardadas, y valederas de aqui adelante, en los pleitos y en los juicios, y en todas las otras cosas que en ellas se contienen, en aquello que no fueren contrarias á las leyes de este nuestro libro, y á los fueros sobredichos. Y porque los hijosdalgo de nuestros reinos han en algunas comarcas fuero de albedrio, y otros fueros, porque se juzgan ellos y sus vasallos; tenemos por bien, que les sean guardados sus fueros á ellos, y á sus vasallos, segun que lo han de fuero, y les fueron guardados fasta aqui. Otrosí, en hecho de los rieptos, sea guardado aquel uso y aquella costumbre, que fue usada y guardada en el tiempo de los otros Reyes,*



*y en el nuestro. Otrosí tenemos por bien, que sea guardado el ordenamiento que Nos agora hecimos en estas Cortes para los hijosdalgo, el cual mandamos poner en fin de este nuestro libro. É porque al Rey pertenesce, y ha poder de hacer fueros y leyes, y de las interpretar, y declarar y enmendar, donde viere que cumple, tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las Partidas sobredichas, ó en este nuestro libro, ó en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester declaracion é interpretacion, ó enmendar, añadir ó tirar, ó mudar, que lo hagamos por Nos. É si alguna contrariedad paresciere en las leyes sobredichas entre sí mesmas, ó en los fueros, ó en cualquier de ellos; ó alguna duda fuere hallada en ellos, ú algun hecho, porque por ellas no se pueda librar; que Nos seamos requeridos sobre ello, porque hagamos interpretacion y declaracion, ó enmienda do entendiéremos que cumple, ó hagamos ley nueva, la que entendiéremos que cumple, sobre ello, porque la justicia y el derecho sea guardado: empero bien queremos, y sufrimos que los libros de los derechos, que los sabios antiguos hicieron, que se lean en los estudios generales de nuestro señorío; porque hay en ellos mucha sabiduría, y queremos dar lugar, que los nuestros naturales sean sabidores, y sean por ende mas honrados.*

*Y agora somos informados que la dicha ley no se guarda, ni ejecuta enteramente como debia: Y porque nuestra intencion y voluntad es, que la dicha ley se guarde y cumpla como en ella se contiene: Ordenamos y mandamos, que todas las nuestras justicias de estos nuestros reinos y señoríos, así de realengos y abadengos, como de órdenes y behetrias, y otros señoríos cualesquier, de cualquier calidad que sean, que en la dicha ordenacion, decision y determinacion de los pleitos y causas, guarden y cumplan la dicha ley en todo y por todo, segun que en ella se contiene: Y en guardándola y cumpliéndola, en la dicha ordenacion y decision, y determinacion de los pleitos y causas, asi civiles como criminales, se guarde la órden siguiente: Que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos y pragmáticas por Nos hechas, y por los*

*Reyes donde Nos venimos, y los Reyes que de Nos vinieren, en la dicha ordenacion y decision y determinacion, se sigan y guarden como en ellas se contienen: No embargante, que contra las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas se diga é alegue, que no son usadas ni guardadas. Y en lo que por ellas no se pudiere determinar: Mandamos, que se guarden las leyes de los fueros, así del fuero de las leyes, como las de los fueros municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuviere, en lo que son, ó fueren usadas, é guardadas en los dichos lugares, y no fueren contrarias á las dichas leyes de ordenamientos, é pragmáticas, así en lo que por ellas está determinado, como en lo que determinaremos adelante por algunas leyes, y ordenamientos, é pragmáticas, é los Reyes que de Nos vinieren: cá por ellas es nuestra intencion y voluntad, que se determinen los dichos pleitos é causas, no embargante los dichos fueros é uso, y guarda de ellos. Y lo que por las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas y fueros no se pudiere determinar: Mandamos, que en tal caso se recurra á las leyes de las siete Partidas, hechas por el señor Rey Don Alfonso, nuestro progenitor. Por las cuales, en defecto de los dichos ordenamientos, pragmáticas é fueros, mandamos que se determinen los pleitos y causas, así civiles como criminales, de cualquier calidad ó cantidad que sean, guardando lo que por ellas fuere determinado, como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas. Y mandamos, que cuando quier que alguna duda ocurriere en la interpretacion y declaracion de las dichas leyes de ordenamiento, é pragmáticas, é fueros, ó de las partidas; que en tal caso recurran á Nos, é á los Reyes, que de Nos vinieren, para la interpretacion, é declaracion de ellas: Porque por Nos vistas las dichas dudas, declararemos é interpretaremos las dichas leyes, como conviene á servicio de Dios nuestro Señor, é al bien de nuestros súbditos y naturales, y á la buena administracion de nuestra justicia. Y por cuanto Nos ovimos fecho en la villa de Madrid el año que pasó de 99 ciertas leyes é ordenanzas, las cuales mandamos que se*



*guardasen en la ordenacion, y algunas en la decision de los pleitos, é causas en el nuestro Consejo, é en las nuestras Audiencias; é entre ellas hecimos una ley é ordenanza, que habla cerca de las opiniones de Bartolo, é Baldo, é Juan Andres, y el Abad: cuál de ellas se debe seguir en duda, á falta de ley; y porque agora somos informados, que lo que hecimos por estorbar la proligidad y muchedumbre de las opiniones de los doctores, ha traido mayor daño é inconveniente: Por ende por la presente revocamos, casamos é anulamos, en cuanto á esto, todo lo contenido en la dicha ley, é ordenanza por Nos hecha en la dicha villa de Madrid: Y mandamos, que de aqui adelante no se use de ella, ni se guarde ni cumpla; porque nuestra intencion é voluntad es, que cerca de la dicha ordenacion, é determinacion de los pleitos y causas, solamente se haga, é guarde lo contenido en la dicha ley del señor Rey Don Alonso, y en esta nuestra.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* En esta ley primera trataremos, y te enseñaré qué es ley, los requisitos que debe tener la ley para su validacion, quiénes pueden hacer leyes, quiénes las pueden interpretar, cuándo la ley humana ligue los súbditos en conciencia, el orden de las leyes, y cuál debe ser preferida, á qué se ha de recurrir en defecto de ley de España, con lo demas que ocurra segun las preguntas que vayas haciendo.

*Esc.* Pregunto ¿qué es ley con la difinicion en latin y castellano?

*Ab.* Son varias las difiniciones que se dan á la ley; pero á mí me acomoda difinirla *generalis sanctio à potestate habente, jubens honesta, aut prohibens contraria*: la ley es una sancion general por el que tiene potestad legítima, en la que ó se mandan cosas honestas, ó se prohiben las contrarias. Antes de que espliquemos los requisitos que debe tener la ley para ser válida, dividiremos la ley por la causa eficiente; porque siendo varios los legisladores, segun sean daremos nombre diverso á las leyes.

*Esc.* Pues bien ¿en qué se divide la ley, tomada la division de la causa eficiente?

*Ab.* La dividiremos en divina y en humana.

*Esc.* ¿Qué es ley divina?

*Ab.* Ley divina es la que Dios como autor de la naturaleza imprimió en nuestras almas; ó como autor de la gracia, esto es, como autor sobrenatural nos ha mandado, ó por ministerio de los ángeles ó de los hombres, ó por la misma boca de su Hijo nuestro señor Jesucristo.

*Esc.* No lo entiendo muy bien.

*Ab.* Pues para que lo entiendas dividiremos la ley divina en la ley natural y ley positiva.

*Esc.* ¿Qué es ley natural?

*Ab.* La ley natural es la que Dios como autor de la naturaleza imprimió en nuestras almas, sin necesidad de que nos la enseñen ni se promulgue; como es la obediencia y amor á Dios, reverencia á los padres, vivir honestamente, no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo, decir verdad, cumplir lo ofrecido; y otros preceptos á este modo, que como impresos en nuestras almas los sabe cualquiera criatura racional, aun cuando se criase en un monte sin instruccion alguna.

*Esc.* Pues yo tengo oido decir que ley natural ó derecho natural es lo que la naturaleza enseña á todos los animales, como el matrimonio ó junta de varon y hembra, y la procreacion y crianza de los hijos.

*Ab.* Sí que lo habrás oido decir, y Justiniano en su Instituta le difine asi; pero no estando, como no estamos sujetos á la ley de los romanos, ni teniendo autoridad entre nosotros, podremos apartarnos de su modo de pensar, diciendo que los animales que carecen de razon no son capaces de derechos, ni de leyes en el sentido que hablamos de las dadas á los racionales, que pueden hacer ó dejar de hacer lo que en ellas se manda, acreditando su obediencia ó desobediencia; ni aun en un sentido lato se pueden llamar leyes, como se llaman todas las disposiciones de Dios en el orden de las causas naturales que obedecen sin libertad, como el que lo grave camine al centro &c.



Dios para la conservacion de todos los animales dió á la naturaleza de cada uno una inclinacion á la propagacion, y no impuso necesidad á cada individuo; y asi yo mas bien la llamaria inclinacion natural que ley: si fuese ley obligaria á los racionales, y á los irracionales precisaria sin resistencia; que los hombres no son obligados al matrimonio ó junta de varon y hembra es constante; que los animales no son precisados á la crianza de los hijos, pues vemos algunos que los matan, y aun se los comen, es evidente: con que sacamos que solo son inclinados naturalmente, cuya inclinacion es bastante para la conservacion de cada especie de animales; y asi lo que la naturaleza enseña á todo animal no lo llamaria ley, y sí solo inclinacion natural; ni derecho, tomado el nombre de derecho por ley, en cuyo sentido habla Justiniano, y nosotros aqui.

*Esc.* ¿Con que de ese modo no tendrán los animales racionales obligacion á criar sus hijos, ó la obligacion no será de ese derecho natural?

*Ab.* Los hombres tienen obligacion á criar sus hijos, y la obligacion es de derecho natural; pero no del derecho natural que difine Justiniano.

*Esc.* No lo entiendo.

*Ab.* Justiniano dice, que derecho natural es el que la naturaleza enseña á todo animal; á los animales irracionales y á el hombre en cuanto animal (prescindiendo de la razon) la naturaleza, como hemos dicho, no le impone tal precepto, y solo le da la inclinacion natural suficiente á que se verifique la conservacion de la especie por medio de la propagacion; pero Dios como autor de la naturaleza ha impreso en el alma racional la ley, mandándole por medio de la razon, lo mismo que la obediencia á sus padres, la crianza y educacion de sus hijos, á que la misma naturaleza les inclina como animales, y la razon les manda como á racionales; y asi la educacion y crianza de los hijos es de derecho natural racional, como el reverenciar á los padres, ayudado de la inclinacion y amor natural.

*Esc.* ¿Y el matrimonio, ó junta de varon y hembra, es de esa ley natural racional como la educacion de los hijos?

*Ab.* La naturaleza inclina, y la razon no se opone al matrimonio, lo que es suficiente para la propagacion de la especie humana; pero supuesto haya hijos, no solo la naturaleza inclina á su conservacion y manutencion, sino que la razon lo manda; asi como la razon permite y no manda que contraigamos matrimonio, aunque la naturaleza incline á la conjuncion maridal; pero una vez contraidos esponsales voluntariamente, hay obligacion á cumplir lo estipulado, y que se contraiga el matrimonio.

*Esc.* ¿Con qué estará mal dicho el que el matrimonio es de derecho natural?

*Ab.* Para la inteligencia de si está bien ó mal dicho, y en qué sentido está mal dicho ó bien, debes saber antes que hay derecho *precipiente*, ó que manda é impone obligacion, y derecho que se llama *permitente*, que permite, pero no manda é impone obligacion. Aquel derecho natural que difine Justiniano, que la naturaleza enseña á todo animal, en mi opinion está mal llamado derecho, porque no son capaces de derecho ni leyes, en el sentido que hablamos, quienes no son capaces de razon, y lo que la naturaleza enseña á todos los animales incapaces de razon no es mandándoles, y sí solo inclinándoles.

*Esc.* Ya estoy en eso; no hablo yo de este derecho, sino del racional impreso por Dios en nuestras almas.

*Ab.* Pues de derecho precipiente, ó que imponga obligacion, no es; pero sí del permitente, porque la misma razon dice que puede el hombre voluntariamente casarse, no teniendo como no tiene racional precepto que se lo impida; asi como el pasearse, porque no hay precepto de razon que lo mande ni que lo impida, se dirá que es de derecho natural permitente; pero no de derecho que mande é imponga obligacion.

*Esc.* Me parece que lo tengo entendido con tan clara esplicacion.

*Ab.* Suponemos de que íbamos hablando del derecho divino natural precipiente, y que á este corresponde, como el honestamente vivir, no dañar á otro &c., el de criar y educar á los hijos, en el supuesto de tenerlos.



*Esc.* Sigamos con la esplicacion del derecho natural.

*Ab.* Este derecho natural, que Dios imprimió en nuestras almas, se llama entre los jurisconsultos derecho de gentes; no tomando el nombre de la causa eficiente, ó legislador que manda, sino de los que obedecen; y asi como todas las gentes estan sujetas, y observan, ó deben observar, este derecho divino natural se llama de gentes; pero por cuanto el comun de las gentes no solo observan este derecho divino natural, sino tambien sus consecuencias ó derechos consiguientes de él y de las humanas necesidades, dividen el derecho de gentes, ó derecho que se observa por todas las gentes, en derecho de gentes primero, que es el divino natural de que hemos hablado, y derecho de gentes secundario, que es aquel que entre las gentes por consecuencia del primero, y supuestas las circunstancias y necesidades generales se ha introducido como de comun consentimiento.

*Esc.* Sé ya que el derecho de gentes se divide en derecho primero, que es el divino natural de que hemos hablado, como es vivir honestamente, no dañar á otro &c., y en derecho de gentes secundario, que es el que entre las gentes se ha introducido como consecuencia del primero; pero falta el que yo entienda este derecho de gentes secundario; y asi se servirá vmd. ponerme egemplos para su inteligencia.

*Ab.* Las necesidades han hecho recibir ciertas leyes entre todas las naciones, haciéndose su uso comun y general entre todas las gentes, sin que el derecho divino natural lo mande. Justiniano difine este derecho de gentes secundario, *quod usu exigente et naturalibus necessitatibus est introductum.* Esto es, el derecho que es generalmente recibido por el uso, exigiéndolo asi las naturales necesidades. Egemplo: es de derecho natural la defensa y conservacion de cada uno, y por consiguiente para ella *cum moderaminè inculpatæ tutelæ*, se puede matar á quien nos quiere matar; de este derecho y la malicia de los hombres por necesidad de defensa se han originado las justas guerras; de las guerras por consecuencia ha nacido las servidumbres, no obstante de

que por sí la servidumbre sea tan contraria al derecho natural permitente.

*Esc.* Siempre he oido decir que la servidumbre es contraria al derecho natural.

*Ab.* Cierto es que es contraria al derecho natural permitente, pues la naturaleza á todos concede la libertad; pero esto no obstante ve como la servidumbre, supuestas las necesidades hijas de la malicia de los hombres, viene á ser una consecuencia del derecho natural precipiente. Este manda á cada uno la conservacion y defensa, y por consiguiente permite en defensa quitar la vida al enemigo. Supon de que al enemigo con quien tengo guerra justa, y me quiere quitar la vida, logro el apresarle: si le dejo en libertad es contra mi defensa, pues aumento mis enemigos: la humanidad exige que se le conserve la vida; pues para que se le conserve, y no aumentar enemigos en ofensa del que vence, se le priva de su libertad, y se le reduce á servidumbre al vencido, y en este caso la servidumbre es consecuencia de la defensa y de las leyes de la humanidad en conservacion de la vida.

Está recibido entre las gentes quitar la vida á los enemigos en justa guerra, pues en favor de la humanidad las gentes recibieron por uso general el que se privase de la libertad á los cogidos en guerra justa, porque se les conservaba, y para que se les conservase la vida, y este fue el orígen de las servidumbres; y asi la etimologia de servidumbre es *á servando*: *Nam occidit poterat captus à victoribus.*

*Esc.* Pues hoy guerras hay, y no se hacen siervos á los que se aprisionan.

*Ab.* Hoy se han introducido otras costumbres y usos generales en las naciones cultas en cuanto á los prisioneros, sin que á estos se les prive de su libertad; pues asi como antes se recibió por uso comun entre las gentes la servidumbre por conservar la vida á los presos en guerra, y se dice con razon que estas servidumbres eran de derecho de gentes secundario, asi se dirá hoy que es de este mismo derecho lo que por general uso se hace entre todas las naciones cultas.



*Esc.* Con que todo aquello que el uso comun ha establecido entre las naciones cultas se dice de derecho de gentes secundario; y todo lo que usan las gentes, porque la razon natural lo dicta asi, es el derecho de gentes natural ó primero.

*Ab.* Asi es; de modo que el derecho natural divino, ó derecho natural, es lo mismo; el cual se llama asi á causa eficiente, ó del legislador que manda como autor de la naturaleza, imprimiéndole en nuestras almas. Este mismo derecho, tomado, no de la causa eficiente y quien manda, sino de quienes obedecen y estan sujetos, se llama de gentes; pero como entre las gentes se observe no solo lo que Dios manda y ha impreso como Autor de la naturaleza en nuestras almas, sí tambien ciertos usos generales, que ya como consecuencias del derecho natural, ya por necesidades, ó por todo junto, han adoptado las gentes y naciones cultas; este derecho, consecuencia del primero y de las necesidades, por la malicia ó por el concurso de otras circunstancias, se llama de gentes secundario, llamándose de gentes primero el natural.

*Esc.* Me parece que lo entiendo; pero vamos con egemplos en cada uno de los derechos.

*Ab.* Vamos con egemplos. Divino natural, vivir honestamente, no dañar á otro &c., y todo aquello que la razon natural ha enseñado á todo racional. Este mismo derecho se llama de gentes primero: derecho de gentes secundario, el que por exigirlo las necesidades y usos se ha hecho comun entre las naciones, como son la guerra, las servidumbres y las costumbres que hoy se observan entre las naciones por comun consentimiento, como la inmunidad y seguridad de los embajadores, y demas cosas recibidas entre todas las gentes, sin que la razon natural las enseñe directamente.

*Esc.* ¿Y qué es ley positiva?

*Ab.* Derecho ó ley positiva se dice la que es establecida y expresamente mandada y promulgada por legítima potestad; y como son varias las potestades, segun ellas dividiremos la ley positiva, tomando la division de la causa eficiente.

*Esc.* ¿Y en qué se divide la ley positiva tomada la division de la causa eficiente ó diversidad de legisladores?

*Ab.* En ley divina y en ley humana.

*Esc.* ¿Qué es ley divina positiva?

*Ab.* Lo que Dios por ministerio de los ángeles, los hombres, ó por boca de su Santísimo Hijo Jesucristo Señor nuestro ha mandado expresamente.

*Esc.* ¿Los preceptos de la ley de Dios de ese modo son leyes positivas divinas, y no derecho natural?

*Ab.* Las leyes ó preceptos del decálogo son leyes positivas divinas desde la publicacion de ellas en el monte Sínai; pero son de derecho natural, á excepcion del señalamiento del sábado para ser santificado.

*Esc.* ¿Con qué los preceptos del decálogo obligarian antes de la publicacion en el monte Sínai.

*Ab.* Sí que obligaban, como que son preceptos naturales, y con ellos sin necesidad de publicacion vivieron los hombres antes del diluvio, y los muchos años que mediaron desde el diluvio á la publicacion en el monte Sínai; pero habiéndose corrompido el linage humano con tantos vicios, tuvo á bien la bondad de Dios dar á su pueblo la ley espresa y positiva que habia impreso en el alma racional.

*Esc.* ¿Y el derecho divino positivo tiene alguna subdivision

*Ab.* Se subdivide en ley vieja ó escrita, y ley nueva ó evangélica.

*Esc.* ¿Cuál es la ley escrita ó vieja?

*Ab.* La que Dios dió á su pueblo antes de la venida de Jesucristo; y nueva ó evangélica es la que ha dado por la boca de Jesucristo, esto es, el Evangelio.

*Esc.* ¿Y la ley antigua ó escrita obliga despues de la evangélica, esto es, despues de la venida de nuestro Señor Jesucristo.

*Ab.* La ley puramente positiva ó escrita no obliga, porque espiró con la venida de Jesucristo, hasta cuyo tiempo fue dada; pero la que, aunque escrita y publicada, es de derecho natural asi como obligaba antes de su publicacion en el monte Sínai, asi obliga hoy aun des-



pues de la venida de Cristo, cual es la del decálogo, y obliga en cuanto natural, y ha obligado á todos los hombres sin distincion, como impresa por Dios en toda alma racional.

*Esc.* Pues la ley de pagar diezmos, ley antigua positiva es, y á la verdad que hoy obliga.

*Ab.* No es verdad como á tí te parece de que la ley antigua escrita de pagar diezmos obligue hoy.

*Esc.* ¿Cómo es eso? ¿Pues no nos hacen pagar los diezmos?

*Ab.* Atiende y lo entenderás para tu inteligencia, y para la verdadera de qué leyes antiguas cesaron, de modo que ni aun de nuevo se pueden por potestad humana mandar, y cuáles, aunque cesaron, se pueden mandar, y cuáles no cesaron; has de saber no solo la diferencia de derecho natural al positivo divino, sí tambien la diferencia entre las leyes escritas. Ya sabes que los preceptos del decálogo, aunque escritos y dados en el monte Sínai á Moises, como preceptos naturales que son, obligan hoy despues de la venida de Cristo, y siempre obligaron; pues sepas ahora que los escritos, y que no son naturales, unos eran figurativos de Jesucristo y otros no: por la ley evangélica cesaron todos los de las leyes escritas que no son naturales ó de derecho natural; pero con esta diferencia que los figurativos de Jesucristo, no solo cesaron, sino que murieron; de modo que ni se pueden por potestad alguna mandar, ni se pueden observar sin pecado: la razon es, porque siendo figurativos de Cristo, como que habia de venir, supuesta su venida, murieron, y su observancia es lo mismo que negar la venida del Mesías Jesus; pero los demas, aunque cesaron, y no obliguen, pueden observarse sin pecar, y aun mandarse por las potestades humanas. De esta clase es la de pagar diezmos, que cesó por la venida del Mesías; pero siendo preciso el que los clérigos y personas consagradas á Dios, y á dar el pasto de la buena doctrina coman, y de derecho natural el que se les mantenga por aquellos en cuyo beneficio se ocupan, pareció conveniente en la Iglesia de Cristo establecer los diezmos para la ma-

nutencion de los que se dedican á darnos el pasto de la buena doctrina, y se ocupan en el culto de Dios, teniéndolo á bien los fieles y aun los Reyes, y así la obligacion hoy de pagar los diezmos no es de la ley antigua, sino de la positiva nueva, aunque en cuanto á alimentos son debidos de derecho natural.

*Esc.* Lo entiendo. No se canse vmd. mas, y dígame ¿qué es ley humana?

*Ab.* Si la ley en general la difinimos: una sancion ó mandato general por el que tiene potestad, que manda lo honesto ó prohibe lo contrario (se entienden las leyes precipientes, porque las permitentes no son propiamente leyes); la humana será la sancion ó mandato general establecido por legítima potestad humana, que manda lo honesto, ó prohibe lo contrario; de modo que toda ley que no es divina (natural ó positiva) se dice humana, aunque toda potestad proviene de Dios.

*Esc.* Lo entiendo; ¿y las leyes humanas serán varias por su causa eficiente?

*Ab.* Sí lo son; porque en primer lugar unas son eclesiásticas, y otras son seculares: las eclesiásticas son las sanciones hechas por la potestad eclesiástica en materias espirituales; y las seculares son las sanciones hechas por las legítimas potestades seculares en materias temporales.

*Esc.* ¿Cuántas clases hay de leyes eclesiásticas?

*Ab.* Tomadas de la causa eficiente solo hay dos, que son los decretos de los concilios generales, que se llaman cánones, y los de los sumos romanos Pontífices.

*Esc.* ¿Con qué solamente los concilios generales y los sumos Pontífices tienen potestad de establecer leyes eclesiásticas?

*Ab.* Leyes generales para toda la Iglesia solo los sumos Pontífices y concilios generales; y asi aunque hay varios cánones de concilios provinciales, y aun concilios provinciales y dichos de los santos padres que tienen fuerza de leyes generales eclesiásticas, y que de ellos se compongan en gran parte los cuerpos del derecho canónico,



su autoridad se deriva de la que les ha prestado la Cabeza de la Iglesia con su aprobacion, segun el dicho de Justiniano, repetido por el papa Bonifacio en el capítulo *Si Apostolicæ, de Præbendis in VI. hæc nostra facimus quibus auctoritaten nostram impertinentur.*

*Esc.* ¿Y qué entiendo yo de *Sexto de Præbendis*? bien que entiendo el dicho.

*Ab.* Pues eso basta; porque el ir ahora á explicar los cuerpos del derecho canónico y su autoridad, para tí y los romancistas es escusado, porque no los han de leer por estar en latin, en cuanto á los cuerpos de nuestras leyes, ya es otra cosa, lo uno porque pueden leerlas, y lo otro porque es la materia de esta ley de Toro.

*Esc.* Pues vamos á la division de la ley secular.

*Ab.* Las leyes seculares (que sabes ya que son las sanciones generales hechas por la legítima potestad secular) entre los romanos se dividian en la forma siguiente: unas se llamaron leyes, otras plebíscitos, otras senadosconsultos y otras *placita principum.*

*Esc.* ¿Qué se llamó ley entre los romanos?

*Ab.* Ley se llamó entre los romanos lo que el pueblo romano, preguntado por el magistrado de la clase de los senadores, establecia: el pueblo romano junto en centurias por los magistrados del órden de los senadores, como el consul, dictador, y pretor solamente, no por los demas de aquel órden, como censor y otros, tenia facultad de establecer leyes, y solo sus decisiones tenian fuerza de tales para obligar generalmente, y se llamaron leyes.

*Esc.* ¿Y qué eran los plebíscitos?

*Ab.* Plebíscito se llama lo que la plebe, preguntada por el plebeyo magistrado (solo el tribuno, no obstante que habia otros magistrados plebeyos) constituia; la diferencia de la ley al plebíscito estaba en que aquella era por el pueblo, preguntado por el magistrado del órden senatorio: el plebíscito era solo por la plebe, sin incluir los patricios y senadores, y preguntada por el tribuno magistrado plebeyo: la ley era general, y á todos obligaba; el plebíscito no obligaba á todos, y por eso no se llamaba ley; pero ha-

biendo despues por la ley Hortensia dadosele fuerza de ley, se quedó siempre con el nombre de plebíscito; y en realidad, aunque en cuanto á obligar era lo mismo, tenia ademas de las diferencias dichas el que (como siempre) la ley se establecia en los comicios ó juntas que se hacian por centurias ó curias, llamados *comitia curiata aut centuriata*, y los plebíscitos en juntas ó comicios por tribus, llamados *comitia tributa*.

*Esc.* ¿Con que despues de esa ley Hortensia los plebíscitos tuvieron fuerza de ley? dígame vmd. ¿por qué se llamó esa ley Hortensia, y en qué tiempo se hizo?

*Ab.* Se hizo el año de Roma 367, y se llama Hortensia, porque era dictador Hortensio, de modo, que desde entonces los plebíscitos no tuvieron menos autoridad que las leyes.

*Esc.* ¿Y qué es senadoconsulto?

*Ab.* Lo que el senado establecia. Despues que tuvieron fuerza de ley sus establecimientos y sanciones se llamaron y conocieron con el nombre de senadosconsultos.

*Esc.* ¿Con qué el senado no tuvo siempre autoridad de establecer leyes, ó de que sus decretos y mandatos tuviesen fuerza de ley?

*Ab.* En los principios de la república romana la potestad legislativa estaba solo en el pueblo; pero habiéndose aumentado de modo que fué dificil su convocacion para establecer leyes, pareció conveniente que el senado hiciese en esto las veces del pueblo.

*Esc.* ¿Y es muy antiguo ese senado en Roma?

*Ab.* El senado es tan antiguo como la república romana; pero no tuvo facultades de poner leyes (por haberle reservado esta facultad, la de declarar la guerra y crear magistrados) hasta los tiempos de los Césares, en que por su industria, con motivo del aumento del pueblo, y dificil convocacion para establecerlas, cesaron las leyes y plebíscitos, y pasó al senado la potestad de establecerlas, que se llamaban senadosconsultos, y fue por los tiempos de Augusto, quien principió su imperio en el año antes de Jesucristo 42.



*Esc.* ¿Y cuáles eran *principum placita*?

*Ab.* Lo que agradaba y mandaba el príncipe. Y esto con el tiempo tuvo en Roma fuerza de ley, cuyas leyes se llamaron constituciones. En el mismo tiempo de Augusto se promulgó la ley que se llama Regia, por la que el pueblo, en quien habia estado la potestad legislativa, la pasó al príncipe ó emperador, para que éste la usase abdicándola de sí el pueblo. Supuesta la potestad legislativa en uno, y en él solo la facultad de establecer leyes, que se llamaban constituciones, es preciso sepas que estas fueron de tres modos: unas veces el príncipe hacia constituciones, que se llamaban *per epistolam*; otras veces conociendo de alguna causa y determinándola, que se llamaron decretos, y otras mandando de motu propio, que se llamaron edictos. Lo que de cualesquiera de estos tres modos determinaba el príncipe tenia fuerza de ley.

*Esc.* No entiendo eso de constituciones *per epistolam*.

*Ab.* *Per epistolam* se llamaba cuando se consultaba alguna duda con el príncipe, lo que respondia tenia fuerza de ley, y se llamaba especialmente constitucion. Cuando el príncipe por sí conocia de alguna causa, era lo que se llamaba decreto, y tenia fuerza de ley, á diferencia de las sentencias de los jueces, que no tienen autoridad mas que en el caso, y entre los litigantes; pero las sentencias del príncipe tenian fuerza de ley para todos los casos de igual naturaleza, y llamábase edicto la ley del príncipe promulgada motu propio.

*Esc.* ¿Y en España hay esos mismos modos de constituciones?

*Ab.* En España como está toda la autoridad legislativa en el soberano, tambien tiene fuerza de ley lo que el soberano de motu propio determina: lo que responde por punto general á las consultas que se hacen en los casos dudosos, y las decisiones en los asuntos de que llega á tomar conocimiento. Lo que los jueces sentencian no tiene valor mas que entre las partes que litigan; pero cuando la sentencia es del príncipe, en los casos particulares, tienen fuerza de ley para los casos de igual naturaleza, lo mismo que las respues-

tas á los casos que le consultan, que tienen fuerza de ley para todos los de igual naturaleza.

*Esc.* ¿Y tienen el mismo nombre, y se llaman decretos, edictos y constituciones?

*Ab.* No. Todos se llaman reales decretos, pragmáticas ó reales cédulas.

*Esc.* ¿Cuáles son pragmáticas?

*Ab.* Las pragmáticas unas se hacian en cortes á peticion de los reinos, y otras el príncipe solo sin preceder peticion, ocurriendo con ellas á las necesidades del estado; y estas son á las que se da nombre de leyes.

*Esc.* Y cédulas reales, ¿cuáles se llaman?

*Ab.* Las resoluciones del consejo por puntos generales, en que S. M. conformándose con su dictamen manda su observancia.

*Esc.* ¿Y reales decretos?

*Ab.* Son todo lo que sin nombre de pragmática, de motu propio, sin ser consultado ni preguntado, ni precedente acuerdo del consejo, manda el príncipe que se observe, que suele pasarse al consejo para que se despache real cédula con su insercion; y las demas deliberaciones que no son pragmáticas ó decretos se llaman reales órdenes, y todas tienen fuerza de ley en sus casos, como dimanadas de la suprema cabeza en quien reside la potestad legislativa.

*Esc.* ¿Y toda esta clase de leyes promulgadas en cortes y fuera de ellas, y demas reales órdenes que tienen hoy autoridad y observancia entre nosotros, ¿en donde están para recurrir á ellas?

*Ab.* Este es el asunto de nuestra ley. Las anteriores al Señor Felipe II, y aun algunas posteriores, están recopiladas en sus cuerpos respectivos, y no recopiladas hay un sinnúmero despues acá.

*Esc.* ¿Y cómo nos hemos de portar para la decision de los pleitos que ocurran?

*Ab.* Estos se han de decir por leyes posteriores: en primer lugar se decidirán por las leyes de la Recopilacion y autos acordados, si no hubiese posteriores reales providencias en contrario, las que como posteriores derogan las anteriores: en defecto de leyes recopiladas, las de los fueros, tanto el general, como las municipales que están en uso; y en defecto de todas estas se decidirán los asuntos por las leyes de las siete Partidas. En defecto de todas, por la comun de los autores clásicos regnícolas, y las razones de congruencia, identidad de casos no expresos en las leyes, y consecuencias que la sana razon, por ilacion legítima, saca de unos á otros, ó de las decisiones generales á los casos particulares; con la advertencia que cuando hay ley y se duda de la voluntad del legislador, no hay autores que valgan; solo el príncipe tiene facultad de declarar la voluntad de las leyes; y en ningun caso deben servir de regla en la decision de las causas las leyes estrangeras, ni la opinion de los autores extrangeros, y sí solo la razon en que se fundan podrá influir como la de otro cualquiera particular, no su autoridad, pues aquellas ninguna tienen, y aquellos no están instruidos en nuestra legislacion. Es de advertir que la costumbre legítima introducida tiene fuerza de ley lo mismo que las leyes escritas y publicadas; y como ley es preferida á los autores aunque regnícolas, y á las leyes anteriores que por ellas hayan sido derogadas. De la costumbre cuando tenga fuerza de ley, y los requisitos que ha de tener, hablaremos despues. No obstante que el derecho canónico solo tiene autoridad en las causas y materias eclesiásticas, siempre es venerable en los tribunales seculares, y en sus materias, de mas opinion que el civil de los romanos, ni otro cualquiera estrangero; pero carece de autoridad legislativa como ellos en nuestra jurisprudencia en las causas seculares.



*Esc.* Y para que la ley obligue á los súbditos y tenga fuerza de tal, ¿qué requisitos ha de tener?

*Ab.* Primero: que sea honesta y justa. Segundo, que sea posible física y moralmente. Tercero, que sea necesaria ó útil y conveniente á la república. Cuarto, que sea general y no particular respecto de algunas personas. Quinto, que sea hecha por palabras dispositivas, preceptivas ó pro-

hibitivas. Sexto, que sea publicada para que venga á noticia de todos.

*Esc.* No entiendo bien ese requisito que sea posible física y moralmente.

*Ab.* Lo imposible físico no puede obligar, como si te se mandase que dieses con la mano en la luna; y no basta que la cosa se pueda hacer físicamente, es forzoso que no sea opuesta á la buena moral. Bien se puede físicamente hacer daño á otro y hacer acciones injustas y deshonestas, pero no moralmente.

*Esc.* Ya lo entiendo: en cuanto al requisito de que sea á lo menos útil á la república, me parecia á mí que bastaria que fuese indiferente, y lo mandase el príncipe ó legislador.

*Ab.* Para que el mandato del legislador tenga fuerza de ley necesitan concurrir las circunstancias dichas, y no basta el que la cosa sea indiferente. No es decir que los súbditos no deban obedecer á los mandatos de los príncipes en las cosas indiferentes, lo que digo es que no será ley rigurosamente *tal*, y sí solo un precepto superior que habrá obligacion á obedecer.

*Esc.* ¿Pues en qué está la diferencia del mandato general de cosa indiferente, si se debe obedecer igualmente que á la ley ó mandato de cosas útiles á la república?

*Ab.* La diferencia está en que la ley obliga y tiene firmeza aun muerto el príncipe que la ha establecido; mas del mandato, que por ser de cosa totalmente indiferente, y que no tiene los requisitos para hacer ley, cesará su obligacion en los súbditos con la muerte del príncipe, como sucede en cualquiera otro superior que no tiene facultad legislativa, que si manda una cosa que no es mala, el inferior tiene obligacion á obedecer; pero cesa la obligacion de hacer las cosas mandadas con la muerte del superior.

*Esc.* Con que cualquiera ley que se promulgue por el legítimo legislador obligará siempre, como no sea evidentemente mala; pues aunque no sea ley rigurosamente tal por falta del requisito de utilidad á la república, á lo menos obligará como mandato ó precepto superior.



*Ab.* Dices muy bien: toda ley tiene la presuncion no solo de honesta y justa, sino tambien de útil y conveniente á la república, y asi se debe obedecer. El tiempo enseña si lo es ó no: y en este caso regularmente se revoca, ó tácita ó expresamente; pero en la vida del príncipe que la promulga si no se revoca, siempre obliga (aun de materia indiferente) como superior precepto.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y las leyes de los príncipes seculares obligan en conciencia?

*Ab.* Es constante que la ley que tiene los requisitos de tal obliga á los súbditos en conciencia.

*Esc.* ¿Y esta obligacion es de derecho divino?

*Ab.* Aunque la ley es humana, la obligacion en los súbditos á su obediencia es de derecho divino. El cuarto precepto de la ley de Dios manda honrar á los padres, en cuyo nombre son comprendidos los legítimos superiores: nadie duda que la obediencia á los superiores es uno de los modos de honrarles, y la desobediencia arguye poco aprecio del que manda; de lo que se evidencia, que en virtud de lo mandado por Dios en el decálogo y su cuarto precepto, se nos impone á todos la obediencia á los legítimos superiores: con que faltando á ella, quebrantamos el precepto divino. Ve ahora si se dañará la conciencia. En confirmacion de esta doctrina, y de la obligacion á la obediencia á las legítimas potestades, tenemos en los Proverbios al cap. 8. *Per me Reges regnant, et Legum conditores justa decernunt*; con que reinando por Dios los reyes, y decretando por él lo justo, siendo uno de los requisitos de la la ley el que ha de ser justa, tenemos bien clara la obligacion en conciencia á su obediencia. San Pablo dice, que quien resiste á la potestad, resiste á la ordenacion de Dios; con que quien no obedece á la potestad, no obedece al orden de la divina providencia; y hablando de las potestades, dice que estemos sujetos, no solo por el miedo de la pena, sino por la conciencia; con cuyos evidentes testimonios no puede dudarse la obligacion en conciencia á las disposiciones de las leyes.

*Esc.* Y dígame vmd., porque yo he oido disputarlo va-

rias veces, ¿si la potestad de los reyes, y toda legítima potestad secular, viene mediata ó inmediatamente de Dios?

*Ab.* Pues, amigo, ahora es cuando no satisfaré á tu curiosidad, porque mi dictámen á ninguno ha de sacar de su opinion, y para tí y todos los que tenemos que obedecer, no hace al caso saber si la potestad viene de Dios mediata, ó inmediatamente: lo que tenemos los súbditos que saber es el que viene de Dios, y por consiguiente, que la obligacion que tenemos á la obediencia es de derecho divino: que contravenimos á él si no obedecemos, y que las justas leyes nos obligan en conciencia; esto es lo que nos interesa saber para desempeñar las obligaciones de cristianos en esta parte, á tí y á mí en el supuesto de que si faltamos á la obediencia, pecamos contra la ley de Dios, nos es indiferente que la legítima potestad que nos manda venga de Dios mediata ó inmediatamente.

*Esc.* A la verdad que vmd. tiene razon, y que es un gastar tiempo el que tiene la obligacion de obedecer en andar en disputas de si la autoridad del que manda, no habiendo duda que su obediencia nos la impone Dios, provenga mediata ó inmediatamente. Dígame vmd. ¿y la ley obliga en conciencia aunque sea penal?

*Ab.* Hoy en España, despues de la declaratoria que hizo el Señor Don Cárlos III no hay duda; pero en mi opinion nunca la hubo fundada.

*Esc.* ¿Y en qué se fundaban los que decian que la ley penal no obligaba en conciencia? ¿Y por qué se ha quitado la duda despues de esa declaratoria del Señor Don Cárlos III?

*Ab.* Los que siguieron esa opinion se fundaban en que el legislador por el hecho de imponer la pena no queria obligar en conciencia, y se contentaba con que obedeciesen por miedo de la pena, y con exigirla en el caso de contravencion; pero hoy aun en el caso de que esta razon fuese sólida, habiendo el Señor Don Cárlos III declarado, que la imposicion de la pena no era con el fin de relevar de la obligacion en conciencia, sino que para que mas bien se observase por los pocos timoratos á Dios, cesó la opinion contraria, y no tenemos ya duda.



*Esc.* Pues á mí me parece que la duda nos queda en pie; pues habiendo muerto el Señor Don Cárlos III, y no siendo esta declaratoria mas que de su intencion y voluntad, tenemos hoy la misma duda, siempre que el príncipe reinante no haga otra igual.

*Ab.* No es la misma duda; hay leyes declaratorias, y estas tienen fuerza de ley; la duda que antes se suscitaba sobre las leyes penales, no era solo de las del señor Don Cárlos III, sino de las leyes penales en general; con que declarando un monarca español la voluntad de las leyes penales de España, no se ha de entender solo de las suyas, sino de todas las de España; y asi no hay necesidad de que el príncipe reinante, sabedor de la anterior declaracion, la vuelva á hacer, antes bien se entiende hecha, por la táctica, en el ínterin que no hiciese otra en contrario.

*Esc.* Pues veamos en qué estaba el poco fundamento de la opinion antes de la declaracion del Señor Don Cárlos III.

*Ab.* Es constante que por derecho divino tenemos obligacion á la obediencia á las legítimas potestades y á sus leyes; ¿pues á quién le ha ocurrido sino á unos hombres cavilosos el decir, sin que haya ley alguna que lo diga, que cuando un superior sobre lo que manda añade pena, quiere quitar la obligacion de obedecerle? antes bien lo contrario se debe decir: si un padre manda v. gr. á un hijo que haga tal ó tal cosa, el hijo está obligado á obedecer, honrar con la obediencia, y dar gusto á su padre; pues si á este mandato añade, el que si no cumple le ha de dar una docena de azotes, ¿qué duda tiene de que el padre esplica con mas viveza la espresa voluntad de que el hijo en aquello cumpla con lo que le manda? ¿Qué duda tiene de que es mas desprecio ó deshonor el que se hace á un superior con la desobediencia, cuando da á entender quiere se haga una cosa que manda, añadiendo para que mas bien se verifique, la pena que cuando sim-

plemente lo manda? ¿En qué consiste el pecado de la desobediencia sino en el poco aprecio, ó desprecio que se hace del que manda, á quien hay obligacion á honrar? ¿Pues no será mas desprecio el desobedecer en cosa que el superior, porque mas bien quiere se ejecute, impone pena al transgresor, que en una cosa que simplemente y sin pena manda? Cuando tú mandas una cosa á tu hijo que tienes mas deseos que no deje de hacerlo, añades la pena de una docena de azotes, y no asi cuando es una cosa que te va poco en que se le olvide y la deje de ejecutar. Si supieses que no habia sido por olvido, sino por desobediencia, ¿no te creerias menos honrado si veías que ni se hacia caso de tus mandatos ni de tus amenazas, que cuando solo habian dejado de hacer tus simples mandatos, en que el hijo podia alegar no juzgaba que su padre tuviese empeño?

*Esc.* Digo que fue un delirio de los que, sin ley que declarase la voluntad del legislador en desobligar á los súbditos de la obediencia á sus leyes por la imposicion de la pena, hayan querido inferir esta voluntad de desobligarles por la imposicion de ella.

*Ab.* Y añade, que la obligacion del súbdito no proviene de la voluntad del superior, sino de la de Dios. Me esplicaré. En la voluntad del superior está mandar al inferior lo que le parece conveniente, y este superior mandato tiene el inferior que obedecer, porque Dios le mandó la obediencia, sin que el que manda se haya parado en si quiere ó no quiere que el inferior sea obligado en conciencia; de modo que de parte del que manda basta la voluntad espresa de que el mandato se ejecute, para que nazca en el inferior la obligacion de obedecer, y por lo mismo peque como contraventor á la ley de Dios desobedeciendo. El pecado será grave si fuese la materia grave, y leve si la materia fuese leve, y aun mas diré: la obediencia á las superiores potestades la exije el orden, y para que este se verifique Dios manda la obediencia. En el superior está el mandar ó no mandar, pero no el obligar ó no obligar con su mandato. La ley para ser ley ha de ser



general y preceptiva ó prohibitiva, no consiliativa: con que siendo justa, sea penal, sea sin pena, obliga en conciencia, prescindiendo de la voluntad que tuviese el legislador de obligar ó no.

*Esc.* Estoy convencido que la ley penal obliga en conciencia, lo mismo que la no penal, y sin razon de dudar en España desde la declaracion del Señor Don Cárlos III; pero quisiera saber si quebrantando la ley penal haya obligacion en conciencia á dar la pena, aun cuando no sea cogido en la infraccion. Por ejemplo: publican una ley prohibiendo la venta de muselinas con la pena de perdimiento del género, y ademas 50 rs. por vara.

*Ab.* Aunque la ley penal obliga en conciencia á su observancia, no á la satisfaccion de la pena, porque la pena no es mandada al súbdito, sí solo conminacion que se hace de que se le castigará con ella si delinquiere, y asi el transgresor, aunque por el delito se hizo acreedor á que el juez le imponga la pena con que la ley le conmina, no está obligado á darla hasta la sentencia del juez, en que se le condena y manda pagar.

*Esc.* Con que despues de esa condenacion tendrá obligacion á pagar la pena en que ha sido condenado.

*Ab.* Pues que sí: la razon, en la sentencia hay mandato, es justo y es superior legítimo el que le impone: con que hay obligacion en conciencia á pagar, se entiende la sentencia ejecutoriada, pues si está abierto el recurso á la apelacion no hay aun obligacion; pero en la ley la pena no fue mandada, y sí solo conminados los transgresores en su caso con ella.

*Esc.* Lo entiendo: con que en el supuesto de que la ley ha de ser justa, nunca podrá tener subsistencia ni valor cuando por ella se priva ó quita á algun tercero un derecho ya adquirido.

*Ab.* Generalmente hablando es cierto que la ley no valdrá ni podrá directamente quitar el derecho adquirido por tercero, porque dejaria de ser justa; pero cuando la ley es en sí justa y útil á la república ó estado en general (cuya presuncion siempre tiene á su favor), y de su observancia,

para que se verifiquen los fines de utilidad de la ley, se perjudicase indirectamente al derecho de tercero, valdrá, y la razon es porque el bien general es preferido al particular; el particular tiene el interes como parte del todo en las utilidades de aquel, y ademas que el dominio alto de todos los bienes de los que componen una sociedad está en el estado y en el legislador como cabeza de él, para poder disponer de ellos con arreglo á razon en las necesidades á favor de la comun utilidad.

*Esc.* Póngame vmd. un ejemplo.

*Ab.* Los ejemplos son varios, y en cada uno hay varias razones mayores ó menores; pues vaya de ejemplo: teniéndose por conveniente de que los dominios de las cosas no esten en incierto, se ha mandado por las leyes que haya prescripcion, y que esta sea título justo de traslacion de los dominios, aunque sin consentimiento y contra la voluntad de los dueños de la cosa, cuyo dominio se prescribe: tú compras de buena fe una casa á Pedro, que en la realidad era mia, por haberlo sido de mis mayores; yo lo ignoro; tú con buena fe y el título de compra la posees por el tiempo que la ley establece para las prescripciones; te haces legítimo señor de la casa que era mia; yo la pierdo contra mi voluntad, y aun sin omision. Manda la ley que si un animal hiciese daño, el dueño de él pague el daño ó entregue el animal; puede el dueño ser culpable por omision, ó no serlo en el daño que causa; y séalo ó no lo sea, tiene que privarse de él, ó pagar los daños; la ley ha tenido por justo el que al dañado se le resarzan los daños por quien los causó del modo posible; y para que este fin de la ley se verifique sucede indirectamente que el dueño queda privado de lo que era suyo dando el animal.

*Esc.* Lo entiendo: dígame vmd., ¿y el príncipe, gefe supremo de un estado y legislador, podrá conceder privilegio á uno en perjuicio del derecho adquirido por otro?

*Ab.* Hablando generalmente no puede, porque no hay beneficio comun que deba ser preferido al particular, cuando se trata de privilegio; pero en caso que haya justa causa, y sea de pública utilidad el que al particular



se premiase con aquello á que otro tiene derecho adquirido, se le podrá privar del dominio, dándole á cuenta del estado el *quantum interest*. Esto es todo aquello en que por el privilegio se le perjudica; y en este caso aun contra la voluntad del dueño se le puede privar del derecho adquirido.

*Esc.* Un ejemplo para mi mejor inteligencia.

*Ab.* Ofrece uno hacer un canal de riego para beneficiar sus tierras en cantidad considerable, de lo que resulta tambien beneficio al reino y al erario, y aun á muchos particulares que tienen heredades que pueden regarse y beneficiarse; pero no se ofrece á ejecutarlo, si no se le franquean los terrenos por donde el canal pase libres, y el dominio de los que ocupe la acequia por donde ha de conducir el agua: se le concede por el príncipe por las justas razones de comun utilidad en la obra de riego ofrecida; supongamos que en el camino que debe llevar la acequia hay una heredad mia, pues el príncipe por justa causa de utilidad comun puede privarme contra mi voluntad del dominio de mi heredad; pero de cuenta del estado ó de quien perciba directamente las inmediatas utilidades de la obra nueva se me debe pagar por el justo precio la heredad que se me inutiliza.

*Esc.* Lo entiendo, y saco de la doctrina de vmd. que la ley general justa y por causa de comun utilidad del reino puede privar á un subdito del derecho adquirido, aun sin la obligacion á pagarle el justo precio de ella; y que en el privilegio particular concedido con justa causa de utilidad puede tambien quitarse el derecho adquirido á tercero; pero que se le ha de satisfacer el justo precio de la cosa ó el *quantum interest*.

*Ab.* Lo has entendido: añade mas, el que aunque el legislador no pueda quitar ó perjudicar al derecho de tercero sin justa causa, satisfaciendo los daños, esto se entiende para siempre; pero bien se puede por algun tiempo con justa causa suspender á uno de algun derecho ó accion que tenga contra otro, como v. gr. por justa causa dar á un deudor dilacion por cierto tiempo para pagar, y de es-

to que el Rey puede por sí, puede tambien conferir la facultad á otros magistrados, como hoy en España se halla concedida al supremo Consejo de Castilla la de dar espera por cinco años.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y á quién corresponde interpretar las dudas de las leyes en los puntos contenciosos.

*Ab.* El declarar é interpretar las leyes corresponde solo á los legisladores, sin que juez ni tribunal alguno tenga esta facultad en España. Bien terminante está la ley primera de las de Toro que vamos esplicando.

*Esc.* Pues de ese modo, si con las dudas hemos de recurrir al Rey ó legislador ¿á qué son los letrados?

*Ab.* Los letrados son para saber las leyes y entender su verdadero sentido, para por ellas decidir los casos que ocurren; pero cuando la ley tiene duda, no es facultativo á los letrados ni jueces la declaracion de la ley por corresponder á la autoridad legislativa de que carecen.

*Esc.* O yo no me esplico, ó yo no lo entiendo.

*Ab.* Tú querrás decir, no las dudas de las leyes, sino del derecho de las partes en los puntos contenidos.

*Esc.* Sí señor eso quiero decir.

*Ab.* Los jueces, y si fuesen legos con consejo de letrados, las deben decidir.

*Esc.* Pues aqui mi dificultad, cuándo las dudas se han de decidir por la literatura y juicio de los jueces y letrados, y cuándo se debe recurrir al Rey á que decida ó declare.

*Ab.* La duda puede nacer de la ley por no estar clara en sí comprende tales y tales casos, ó puede ser estando la ley clara en los casos que comprende, el si por las circunstancias y accidentes del caso que se disputa es comprendido en la ley: al legislador toca la declaratoria de la duda; pero cuando sin duda en la inteligencia é intencion de la ley, se duda en si el caso que se controvierte por sus circunstancias es comprendido en ella, entonces al juez con consejo del letrado, si fuese lego, ó sin él siendo de letras toca la decision.

*Esc.* Si vmd. no me pone ejemplos confieso no lo entiendo.

*Ab.* Vamos con ejemplos: ya sabes que poco hace



salieron dos reales órdenes, una que habla con la tropa, y otra con la marina, en las que se les concede el fuero en todos los casos y causas civiles y criminales, á escepcion de las de testamentarías y sucesiones de mayorazgos; entró la duda si esta ley es estensiva á las causas del auto de posesion que se llama Gallego de la audiencia de Galicia; la duda nace de que por las tales órdenes, no habiendo hecho el Rey espresa mencion del auto Gallego puede muy bien dudarse como de una cosa particular de una audiencia, si S. M. le tuvo presente, y por lo mismo si su real voluntad fue comprenderle ó no, viéndose en la naturaleza de las causas sobre que se despacha el citado auto Gallego, que hay tan poderosas razones para que no sea comprendido como en las de testamentarías y mayorazgos: y dudándose sobre la voluntad del legislador y intencion de la ley, solo al legislador corresponde declarar; pero si la duda no fue sobre la voluntad del legislador, intencion é inteligencia de la ley, sino sobre las circunstancias particulares de los que litigan, sin dudarse la voluntad del legislador, y hasta adonde se estiende, entonces al juez le toca el declarar el derecho que se disputa segun lo que resulta de autos; v. gr. en el caso propuesto que no se duda de que la ley comprende á todos los que gozan del fuero de marina, si la disputa estuviese sobre si Pedro parte litigante goza ó no del fuero, y si en virtud de la orden ha da conocer en la causa la jurisdiccion ordinaria ó la de marina, los jueces segun lo que resulte de autos decidirán el caso, y si la nueva orden habla con él ó no, sin que sea necesario recurrir al príncipe ó legislador. Las dudas en los casos pueden nacer ó de los hechos para lo que son las pruebas, y el juicio del juez es quien debe decidir el mérito de ellas, ó de los conocimientos de las ciencias ó facultades; y ni en unos ni en otros casos hay que recurrir al príncipe, por ser la ley voluntad del legislador indubitable.

*Esc.* Ejemplos para que yo lo entienda.

*Ab.* Supongamos una ley que dijese se imponia la pena de destierro del reino á todo el que cometiese usura de

cualquiera clase que fuese: esta ley y voluntad del legislador era clarísima é indubitable que cualquiera que cometiese usura aunque fuese sola una vez habia de ser desterrado del reino. Se te acusa á tí de haber cometido usura en tal ó tal contrato; niegas el hecho; aqui la duda no es sobre la inteligencia ó exencion de la ley, en que nadie duda, sino en si hiciste tal ó tal contrato usurario; esto lo ha de decir la prueba, y el juez segun ella decidirá si incurriste ó no en la pena de la ley; ni hay que acudir al Rey que decida si las pruebas son ó no bastantes, pues ya sabe el juez que si las pruebas tienen duda ya no son bastantes, porque las pruebas deben de ser evidentes civilmente, y cuándo lo son ó no debe el jurisperito saberlo. Pues supongamos que ni aun sobre el hecho es la duda, pues confiesas el hecho, y lo que niegas es que aquel contrato sea usurario, ó que hayas cometido usura en él; en este caso la ley ninguna duda tiene, pues á todos los usureros quiere castigar; pero aqui se duda si este contrato, ó en este contrato que no niegas, haya usura ó no. Esta duda los jueces con conocimiento de los principios y reglas de la jurisprudencia son á quienes corresponde resolver, y por consiguiente si está comprendido su autor en la pena de la ley, sin tener que pasar á consultar con el príncipe la duda de si es ó no el contrato usurario, de que no trata la ley, estando bien claro habla de la pena que se ha de imponer á todo el que cometa el crímen de usura.

*Esc.* Con que en pocas palabras, cuando la duda es sobre si la ley y voluntad del legislador se estiende á los casos de naturaleza del que se controvierte, se irá al Rey ó legislador con la duda para que la decida; pero cuando sin dudar la estension de la ley y voluntad del legislador se duda por las particulares circunstancias del caso de los hechos de las pruebas, ó las dudas son sobre el modo de contraer á él los principios y reglas generales del derecho, ó de otra facultad, para ver si se ha contravenido á la ley y voluntad del legislador, ya no hay necesidad de recurrir á él, y corresponde su decision al oficio del juez, con consulta de inteligentes en la jurisprudencia, ó particular facultad á que corresponda la duda; pero no entiendo como las demas facultades son necesarias para juzgar las causas.



*Ab.* ¿Ahora estamos en eso? ¿pues no han de ser necesarias cuando de su conocimiento haya de resultar el derecho de las partes? Lo que es estraño es que un Escribano lo dude. Si la cosa es de fábricas, deben decir y deponer los maestros de obra y arquitectos: si es sobre sanidad ó enfermedad, los médicos y cirujanos respective; y ni se han de consultar las dudas con los legisladores, ni los jueces deben por sí decidirlas sin los dictámenes y declaraciones de los perítos y maestros en la facultad ó ciencia respectiva.

*Esc.* Digo que soy un ignorante: lo primero que mi maestro hacia era tomar declaraciones á los perítos, para que dijesen segun su saber y entender lo que juzgaban en el caso. Estoy inteligenciado de á quién corresponde declarar las dudas de las leyes, y de los casos que se disputen; ahora quiero preguntar los requisitos de la costumbre para que tenga fuerza de ley: en primer lugar quiero saber lo que es costumbre.

*Ab.* *Consuetudo est jus moribus diuturnis introductum.* Esto es, el derecho que nace de los actos continuos de los pueblos; y esta costumbre, teniendo los correspondientes requisitos, tiene fuerza de ley y hay unas costumbres que son segun ley, otras fuera de ley, y otras contra ley.

*Esc.* Espliqueme vmd. cada una de estas costumbres.

*Ab.* Costumbre segun la ley es la que interpreta la ley dudosa; esto es, cuando hay una ley dudosa, y la costumbre ha principiado á interpretarla en tal ó tal sentido. La costumbre fuera de ley, que dicen los jurisconsultos, es la que se introduce en casos que no hay ley; y la contra ley es la que se introduce contra ley espresa.

*Esc.* ¿Y qué requisitos ha de tener la costumbre para ser legítima y tener fuerza de ley?

*Ab.* Entre los romanos como el pueblo tenia la autoridad legislativa, sin duda que los usos sin otra aprobacion tenian fuerza de ley; pero despues en tiempo de los Emperadores y en todo estado monárquico, ademas del uso, es necesario el tácito consentimiento del Príncipe, con los

requisitos de justa, honesta &c., que dijimos debe tener la ley para que sea válida; y en estos supuestos obligará en conciencia lo mismo que la ley, una vez que tiene fuerza de tal.

*Esc.* ¿Y en España se pueden introducir costumbres contra las leyes?

*Ab.* Sí: pero su autoridad la tomará del consentimiento del príncipe, cuya presuncion siempre está contra la costumbre por la ley; y asi no bastará el tiempo que pueda ser bastante para que valga la costumbre segun ley y fuera de ley, para que valga contra ley; pues para aquellas basta el lapso de diez años y pluralidad de actos en los que se presume el tácito consentimiento del príncipe; y para esta es preciso el lapso de tanto tiempo, que no se pueda dudar de la voluntad del príncipe en que subsista la costumbre, y cese la ley.

*Esc.* ¿Y la ley queda derogada por el no uso?

*Ab.* No: para que la ley sea derogada no basta el no uso, es forzoso el contrario uso general, y por el tiempo de que se infiera el tácito consentimiento del príncipe.

*Esc.* ¿Y las leyes que se hallan recopiladas en un cuerpo, si dijesen alguna contradiccion, á cuál se ha de estar?

*Ab.* Las leyes se interpretan unas por otras; pero cuando no se pueden conciliar, porque unas se contradigan en parte á otras, en aquella parte son escepcion ó derogacion, y la de fecha posterior en lo que esté contraria, ó sea escepcion de la de fecha anterior, prevalece como mas moderna; pero si las leyes no tuviesen fecha, como sucede en las de las siete Partidas, ó fuesen de igual fecha, se deberá anteponer la posterior en el órden de la colocacion; y siempre que se pueda por la una se esplicará el sentido de la otra, por no ser regular se dé antinomia entre las leyes de un mismo cuerpo.

*Esc.* Quedo inteligenciado: vamos siguiendo á la ley segunda.

## LEY II.

*Porque nuestra intencion y voluntad es que los letrados en estos nuestros reinos sean principalmente instrutos, é informados de las dichas leyes de nuestros reinos, pues por ellas, y no por otras, han de juzgar. Y á Nos es hecha relacion, que algunos letrados nos sirven, y otros nos vienen á servir en algunos cargos de justicia, sin haber pasado ni estudiado las dichas leyes y ordenamientos y pragmáticas y partidas: de lo cual resulta, que en la decision de los pleitos y causas algunas veces no se guardan, ni platican las dichas leyes como se deben guardar y platicar, lo cual es contra nuestro servicio. Y porque nuestra intencion y voluntad es de mandar recoger y enmendar los dichos ordenamientos, para que se hayan de imprimir, y cada uno se pueda aprovechar de ellos: Por ende, por la presente ordenamos é mandamos, que dentro de un año primero siguiente, y dende en adelante, contado desde la data de estas nuestras leyes, todos los letrados que hoy son ó fueren, asi del nuestro Consejo ó Oidores de la nuestras Audiencias, y Alcaldes de la nuestra Casa y Corte y Chancillerías, do tienen ó tuvieren otro cualquier cargo y administracion de justicia, ansi en lo realengo, como en lo abadengo, como en las órdenes y behetrias, como en otro cualquier señorío de estos nuestros reinos, no puedan usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos, sin que primeramente hayan pasado ordinariamente las dichas leyes de ordenamientos y pragmáticas, partidas y fuero real.*



## COMENTARIO.

*Ab.* Nuestra ley de Toro solo trata de los estudios que el Juez letrado debe tener para ejercer el oficio, sin tratar de las muchas virtudes que deberán acompañar á los jueces, lo mismo á los inferiores que á los superiores; y quiere que ninguno pueda ejercer el oficio de Juez letrado sin que se halle instruido en las leyes de España, por donde debe hacerse justicia y librarse los pleitos.

*Esc.* ¿Pero cómo se ha de saber para nombrar á uno Juez el que se halla instruido en las leyes del ordenamiento, pragmáticas, partidas y fuero real, que es lo que manda esta ley?

*Ab.* Y hoy tenemos todas las de la Recopilacion y autos acordados, de que el Juez letrado debe estar instruido; y de todas las pragmáticas, que no es fácil por no hallarse recopiladas.

*Esc.* ¿Con que hoy qué estudio debe tener cualquiera para ser Juez letrado?

*Ab.* Estando recibido de Abogado se supone estar instruido en las leyes del reino, y puede ser nombrado para los empleos de judicatura; pero hoy para ser Corregidor ó Alcalde mayor se requiere no solo el estudio de diez años, sí tambien el que tenga veinte y seis años de edad, segun se ha declarado nuevamente á consecuencia de la Real cédula de 21 de abril de 1783, en que S. M. se sirvió establecer el método sucesivo de proveer y servirse los corregimientos y alcaldías mayores del reino.

*Esc.* Esa es la que llaman escala de corregimientos; creo que esa Real cédula ha sido muy útil á los que siguen esa carrera.

*Ab.* No hallo que tengan mas utilidad que el que antes duraban sus empleos tres años, y hoy seis.

*Esc.* Pues yo tenia entendido que en esa Real cédula habia mandado el Rey se dotasen los corregimientos y alcaldías mayores competentemente. Ya se ve que esto de buscar de qué dotar empleos no es tan fácil, y mas en tiempo en que los pueblos no tienen sobrantes, ó que todos sus propios los necesitan para otras urgencias de los mismos pueblos.

*Ab.* Sin gravar á los propios de los pueblos podian quedar por punto general todas las varas y corregimientos de letras tal cual dotados con mucha facilidad y con proporcion al trabajo de cada uno de los empleos, porque hay mucha diferencia del trabajo de unas varas á otras, y es justo que los emolumentos sean á proporcion del mayor ó menor trabajo.

*Esc.* ¿Y cómo habia de ser eso?

*Ab.* Con un arancel arreglado á las circunstancias de los tiempos y carestía general de los alimentos y gastos.

*Esc.* De ese modo serian forzosos muchos aranceles



por provincias con arreglo á la carestía de cada una.

*Ab.* No habia necesidad de esa variedad; lo mismo que se hizo arancel general para todo el reino, que es el que está en la Recopilacion, se puede hoy hacer. La diferencia de provincias á provincias no es notable en lo general: la diferencia está en cada uno de los años por las mayores ó menores cosechas; pero en años igualmente abundantes, ó igualmente estériles, es poca la diferencia general de unas provincias á otras, á lo menos no hay diferencia que merezca variar en el arancel y paga del trabajo de los letrados; porque si en unas abundan de unos frutos, faltan otros de que abundan las otras: Castilla, que abunda de trigo en lo general, necesita siempre de aceite: Andalucía que abunda de aceite, le falta muchos años el trigo; y asi de las demas.

*Esc.* Pero aunque no haya diferencia de provincias á provincias en lo general la hay mucha de pueblos á pueblos.

*Ab.* Es cierto que de unos pueblos á otros, esto es, de las capitales de provincias ó partido á los lugares cortos suele haber bastante diferencia, ya por el lujo ó decencia que necesitan los jueces, ya por los derechos municipales que suelen tener sobre sí los pueblos grandes; pero nada de esto es motivo para variar de arancel; la razon, porque los corregimientos y varas están en los pueblos cabezas de provincia y partidos, entre los que es corta la diferencia que hay entre sí, á la que hay comparados con lugarcillos en donde no hay jueces letrados, pues supongo que el nuevo arancel habia de ser solo para los jueces letrados que ahorran asesorías á las partes: y aunque de los mas grandes á los mas pequeños de los que tienen jueces de letras haya alguna diferencia en lo que se necesita para la decente manutencion de sus jueces, es mayor en compensacion la que hay entre los quehaceres y despacho de negocios de unos á otros; de modo que siendo igual el arancel, como debe ser, lo mas que arroja de interes el tribunal del pueblo mayor, respecto del menor, es una justa compensacion del mayor trabajo y del mayor gasto que hay

que hacer en los tales pueblos mayores, como capitales de provincias, respecto de los menores de las mismas provincias.

*Esc.* Me parece que es asi cuanto vmd. dice, que siendo el arancel igual y el trabajo y gastos desiguales, por el mas que hacer de algunos juzgados á otros, con arancel igual quedaba compensada la diferencia del trabajo y gastos; pero no seria tan fácil el arreglar ese arancel.

*Ab.* Con mandar que el arancel que se ha dado á los subdelegados de rentas reales sirviese de regla, ó se arreglasen á él los tribunales de jueces letrados del reino, me parece saliamos del paso, ó quedaban decentemente premiados los corregimientos de letras y alcaldías mayores. Ni se puede decir que es crecido; pues ademas de haber sido arreglado para algunos tribunales, aunque de menos negocios que los ordinarios, la grande diferencia y carestía de todo desde que se dió á los subdelegados el citado arancel hasta el dia, hace que hoy el arancel que antes fue arreglado para un tribunal de menos asuntos, lo sea para los reales ordinarios de mas quehaceres.

*Esc.* ¿Y para ser Abogado se requiere los mismos años de estudio que para Corregidor ó Alcalde mayor?

*Ab.* Para ser Abogado basta ocho años de estudio de leyes, cuatro de universidad aprobada para graduarse de bachiller, y cuatro despues de práctica; pero para Corregidor ó Alcalde mayor del reino son necesarios los diez.

*Esc.* ¿Con qué no todo Abogado puede ser Corregidor?

*Ab.* Es constante, porque el que acabe de recibirse con los ocho años de estudios de leyes no puede ser Corregidor.

*Esc.* ¿Con qué aunque el Rey le nombre, no podrá ser Corregidor si le faltan los dos años mas de estudios?

*Ab.* Si el Rey le nombra para ejercer el oficio de Corregidor, porque se entiende que el Rey le dispensa, puede serlo; pero no puede la Cámara consultar para varas ni corregimientos de letras á quien no tenga los diez años de estudios; ni los señores de jurisdicciones, que tienen facultades de nombrar para los lugares de sus jurisdicciones,



pueden nombrar Alcaldes mayores letrados que no tengan los diez años de estudio de leyes, y demas requisitos que requieren las Reales modernas resoluciones de Corregidores y Alcaldes mayores.

*Esc.* ¿Con qué los señores para los lugares en que tienen el nombramiento de Alcaldes mayores letrados no les pueden nombrar si no concurren en ellos las circunstancias que exige la última Real orden del año de 1783?

*Ab.* Aunque los señores les nombren, lo cierto es que no deben ser Alcaldes mayores en estos reinos sin los diez años de estudios, y veinte y seis años de edad; siendo obligados dichos Alcaldes mayores de señorío á observar todo lo que se les manda en la citada Real cédula de 21 de abril de 1783, y por los nuevos capítulos de Corregidores, asi como en sus empleos podrán permanecer por los seis años que la citada cédula señala de duracion de estos empleos.

*Esc.* ¿Pues qué habla tambien la Real cédula de 21 de abril con los Alcaldes mayores de señorío?

*Ab.* Yo siempre entendí que hablaba con ellos en lo que les podia tocar, por lo mismo se comunicó á todos; ¿y ademas hay mas que ver la portada de dicha cédula? pero la duda que hubo sobre si comprendia á los de señorío, se resolvió mandando S. M. en Real cédula, con fecha en el Pardo á 24 de enero de 1787, que en las varas de señorío guardasen los dueños jurisdiccionales, y los Alcaldes mayores de sus respectivos pueblos, las reglas, tiempos y demas calidades resueltas y mandadas en la citada cédula de 21 de abril del año de 1783.

*Esc.* ¿Y cómo se han de entender los diez años de estudios para servir los corregimientos y varas del reino?

*Ab.* Los diez años han de ser de leyes y cánones en universidad aprobada, y los de práctica en academias, tribunales y pasantías despues del grado de bachiller en la facultad de leyes, sin que en ellos se incluyan los de filosofia.

*Esc.* ¿Y por qué no se requiere en todo Juez los mismos años de estudios, supuesto de que todos tienen que juzgar con arreglo á las leyes del reino?

*Ab.* No se requieren en los jueces legos los años de estudios, ni el que hayan estudiado lo que esta ley previene y manda, porque los tales jueces deben determinar y sentenciar las causas con consejo de letrado; y por lo mismo en ellos no hay necesidad de que preceda el estudio y conocimiento que esta ley manda.

*Esc.* Podemos pasar á la ley tercera.

## LEY III.

*Ordenamos y mandamos, que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor Don Alfonso, que dispone cuántos testigos son menester en el testamento, se entienda y platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, ora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre herederos estraños; pero en el testamento cerrado, que en latin se dice* in scriptis: *Mandamos, que intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento ellos y el testador si supieren ó pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera, que sean ocho firmas y el signo del Escribano. Y mandamos, que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del ordenamiento: los cuales dichos testamentos y codicilos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe, ni prueba en juicio ni fuera de él.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Para la perfecta inteligencia de esta ley quiero te instruyas de la materia de testamentos que te interesa saber, para desempeñar tu oficio en esta parte: y asi diremos qué es testamento; por qué derecho se han introducido los testamentos entre las naciones cultas; quiénes pueden hacer testamentos; la division de los testamentos, y sus solemnidades; modos de revocarse el testamento; y de los codicilos, con lo demas que por incidencia y decidir tus dudas ocurriere tratar, y te se ofrezca preguntar.



*Esc.* Cuanto deseo instruirme bien en la materia de testamentos, para saber con algun fundamento lo que hoy solo sé superficialmente; y asi principio preguntando ¿qué es testamento?

*Ab.* *Testamentum est ultima voluntas solemniter facta ut quemcumque volumus per mortem nostram habeamus heredem.* El testamento es la última voluntad esplicada segun las solemnidades de derecho, para que despues de nuestros dias sucedan en nuestros bienes el que ó los que queramos.

*Esc.* ¿Y por qué esta última voluntad se llama testamento?

*Ab.* Segun San Isidoro en el lib. 5. de las Etimologías se dice: *Testamentum quia confirmatur post testatoris monumentum.* La voluntad entre vivos se confirma y tiene su efecto de luego que se perfecciona el convenio; pero la última voluntad no tiene efecto hasta despues del monumento ó muerte del testador.

*Esc.* ¿Y de qué derecho son los testamentos?

*Ab.* Los testamentos son de derecho natural secundario, ó de gentes, aquel que dijimos que exigiéndolo el uso sea recibido entre todas las gentes; pero en cuanto á sus solemnidades se dice y es de derecho civil, y asi cada reino tiene sus leyes diversas acerca de las solemnidades de ellos.

*Esc.* ¿Y quiénes pueden hacer testamentos?

*Ab.* El poder hacer testamentos (que llaman los jurisconsultos *testamentifaccion activa*) es de derecho de gentes natural permitente, y el derecho civil lo prohibe á algunos; con que como cosa permitida por derecho todos pueden testar, sino los que expresamente se hallan prohibidos.

*Esc.* Lo que necesito como Escribano saber es quiénes están prohibidos para no asistir al testamento que quieran hacer, y todos los demas ya sé que pueden testar.

*Ab.* Sabe en primer lugar, que el impúvero, esto es, el varon de menos de catorce, y la hembra menor de doce años no pueden testar; la razon es, porque se presume que en tal edad no tienen el juicio que se requiere para hacer testamentos.

*Esc.* Y si la malicia supliese la edad en algunos impúveros muy adelantados, ¿podrán hacer testamento?

*Ab.* No: no obstante que puedan pecar, y ser castigados por sus delitos, y contraer matrimonio, si la malicia suple la edad: la razon es, porque aunque sea la causa de la prohibicion la presuncion de falta de perfecto juicio, para evitar disputas entre los interesados á las disposiciones ó abintestatos de los menores, sobre si la advertencia ó malicia era la suficiente para disposicion última de sus bienes, ha querido la ley el que los testadores sean púberos precisamente, aunque antes la malicia supla la edad; y así aunque se diese caso que uno de trece años y medio tuviese la ciencia legal suficiente para entrar á exámen de Abogado, no podria testar.

*Esc.* ¿Y el Príncipe podrá conceder á un impúbero facultad de testar?

*Ab.* Si la malicia suple la edad, no hay duda que puede, pero si no no, porque el defecto natural ninguno lo puede suplir, aunque sí la solemnidad de la ley, que fundada en la presuncion de falta de perfecto juicio antes de la pubertad, ha prohibido á los impúberos el poder testar.

*Esc.* Pero segun las doctrinas que vmd. me ha enseñado en la ley primera, no bastará para que á el impúbero pueda el Príncipe concederle facultad de testar, el que tenga malicia que supla la edad, sino que será preciso causa justa interesante al reino, pues de lo contrario no podrá por el perjuicio que se sigue á los herederos abintestato, que fundados en la ley tenian derecho de suceder al impúbero; ó será forzoso de que en el caso que no disponga á su favor, el Príncipe de su patrimonio tenga que satisfacer á los herederos abintestato el importe de lo que habian de heredar, si no se le hubiese concedido al impúbero el privilegio de testar.



*Ab.* Me gusta que dificultes así, en que manifiestas talento: hay mucha diferencia entre lo dicho en la ley primera de que el Príncipe no puede conceder privilegio en perjuicio del derecho adquirido por tercero, porque en aquel caso se le hace injuria; pero en el caso de la ley que prohibe á los impúberos testar, ningun derecho se concede á los herederos abintestato, aunque *per accidens* le resulte interes dado el caso de morir en la menor edad, y sí solo el fin de ella es evitar la disposicion desarreglada de quien se presume sin bastante juicio para hacerla; pero en el supuesto de que le tenga, este menor mejor es de derecho para disponer de lo suyo, que el heredero abintestato á llevar la herencia contra la voluntad del difunto; con que el Príncipe, dispensando en la ley civil respecto del impúbero, cuya malicia suple la edad, deja á este su derecho espedito (que tiene por el natural) con antelacion al del sucesor abintestato, á quien nada se le quita directamente, pues su derecho es solo á suceder en el caso que muera abintestato, y hasta no verificarse el intestato ningun derecho ha adquirido: con que muriendo con testamento no se puede decir llegase el caso de que por la voluntad del Príncipe se perjudicase á tercero en derecho adquirido, y por lo mismo no hay que satisfacer cosa alguna á los herederos abintestato, caso de no ser instituido en el testamento del impúbero, cuya malicia suplia la edad.

*Esc.* Quedo satisfecho de mi duda; sigamos: ¿con qué el mayor de catorce y la mayor de doce años aunque tengan curador podrán testar?

*Ab.* Sí que pueden sin necesitar de la autoridad del curador.

*Esc.* ¿Pues cómo la necesitan para contratar?

*Ab.* Porque en los contratos por la seduccion de aquel con quien contratan pudieran ser engañados, y por lo mismo necesitan la autoridad del curador; pero en disponer segun su voluntad de los bienes para despues de su vida, ningun perjuicio pueden padecer: es cosa que hacen por sí sin que contraten con otro que les pueda engañar, y así no tienen necesidad del consejo ni autoridad del curador.

*Esc.* Ya veo que el que en los contratos se necesite autoridad de otro, no es razon bastante para que se necesite en los testamentos; pues en nuestra España la muger casada sin licencia de su marido no puede hacer contratos, y sin ella puede testar.

*Ab.* Así es lo cierto. Sigamos con las personas que no pueden testar. Por la misma razon de faltarles el juicio que deben tener quienes disponen de sus bienes, están prohibidos de testar los furiosos que padecen esta enfermedad de contínuo, y los que tienen dilúcidos intervalos en el tiempo del furor; pero no están prohibidos y vale el testamento hecho en el intervalo en que estén en su juicio: tampoco pueden testar los mentecatos, pues las disposiciones legales dadas acerca de los furiosos se entienden tambien en los mentecatos.

*Esc.* ¿En qué se diferencia el furioso del mentecato?

*Ab.* El furioso es aquel que no solo está falto de juicio á tiempos, sino que manifiesta con actos esteriores su rabia y furiosa demencia; y el mentecato es aquel que está falto de entendimiento, pero no manifiesta furor alguno, y de contínuo tiene la mente oprimida; y asi el mentecato no tiene dilúcidos intervalos.

*Esc.* ¿Y el fátuo puede testar?

*Ab.* El que es fátuo notablemente se compara con el mentecato ó de mente oprimida; pero si el fátuo lo es en poco, esto es, que aunque no se pueda comparar con los hombres prudentes, tiene advertencia y malicia suficiente para obrar virtuosa ó criminalmente, éste sin duda podrá testar.

*Esc.* ¿Y cómo se ha de conocer en el furioso que tiene dilúcidos intervalos, y quiere testar, si puede ó no?

*Ab.* Si dice que quiere testar, el Escribano debe asistir al testamento; porque de la misma disposicion y espresiones se vendrá en conocimiento despues si el testamento fué hecho con sano juicio en el tiempo intermedio del furor, contribuyendo tambien á la presuncion la mas ó menos distancia que haya habido desde el tiempo que últimamente estuvo furioso al en que hizo el testamento; que todo



tendrá el Juez presente si se disputase sobre la validacion del testamento.

*Esc.* Pero si conociese por la conversacion, que no está en su juicio, el Escribano no deberá asistir á la otorgacion del testamento.

*Ab.* De modo que si es evidente de la contestacion el que no está en su juicio, no se debe otorgar el testamento; pero el hecho de que haya estado furioso por sí solo, si llamase para hacer testamento, no es bastante para dejar de otorgarle.

*Esc.* Y si el Escribano no forma de la conversacion juicio completo de que esté en su sano juicio, ni de que no lo está, ¿deberá otorgar el testamento?

*Ab.* En ese caso vea qué juicio forman los testigos, y en el de que les parezca que está en juicio, aunque sea con alguna duda, por la aprehension que siempre queda contra el que se sabe ha flaqueado de la cabeza, otorgarle, para que despues por la misma disposicion y espresiones se venga en conocimiento si fue hecho con juicio ó no.

*Esc.* ¿Y cómo en ese caso de que el Escribano tenga algun escrúpulo de si está ó no en su completo juicio, ha de poner en el testamento la cláusula, que estando en su sano juicio &c.?

*Ab.* Lo que el Escribano debe hacer, es que el testador diga nuncupativamente toda su voluntad acerca de lo que quiere disponer de sus bienes; y si de ella formase concepto de estar con su cabal juicio, estienda la disposicion en la forma ordinaria: si por las espresiones viniese en claro conocimiento de estar falto, no estienda el testamento, y sí ponga una diligencia en que diga, que habiendo sido llamado, y parecídole á él, y N. y N. testigos no estaba en su juicio, no se quiso otorgar el testamento; y si solo produjese alguna leve duda, estiéndase el testamento, y omitirá la espresion de estando en su sano juicio, y pondrá una nota que diga: » No obstante la disposi-
» cion que va hecha en la forma dicha por N., no puedo
» asegurar bajo la fe pública el que esté en todo el cabal
» juicio que sea necesario para poder testar, ni de que ca-

„rezca de él; por lo mismo he otorgado este testamento „sin la cláusula de estando *en su sano juicio*;" para que de la disposicion se pueda juzgar lo sano ó no sano del juicio del otorgante.

*Esc.* ¿Quiénes mas no pueden testar?

*Ab.* El siervo no puede testar; porque el siervo en el estado civil se reputa como muerto, ademas de que en cuanto permanezca en servidumbre no puede tener de que testar.

*Esc.* Ya se ve, sino tiene bienes, ¿de qué ha de testar?

*Ab.* Es que la razon de no tener bienes no es bastante para no poder testar; pues para poder testar basta el que sea hombre libre, y capaz de adquirir y tener bienes, aunque al tiempo que teste no los tenga. La herencia es una representacion de la persona del difunto, tenga ó no tenga bienes, y el poder dejar á quien despues de su muerte le represente y herede, es concedido á todos los hombres libres, que espresamente no se hallen por las leyes prohibidos de testar; y ademas que la *testamentifaction activa* tiene mas efectos, que es el de dar sustituto pupilar á sus hijos.

*Esc.* No entiendo eso de dar substituto pupilar á sus hijos.

*Ab.* No es mucho: los impúberos ya hemos dicho que no pueden testar, pues los padres en sus testamentos, despues de instituirles, pueden darles herederos caso de que mueran en la edad pupilar; los que aunque respecto de los hijos son herederos, respecto al padre son sustitutos.

*Esc.* Un egemplo para que lo entienda.

*Ab.* Supongamos de que no tienes bienes algunos, y que tienes un hijo impúbero, con muchos bienes heredados de su madre, ó parientes maternos, ó de otro modo adquiridos; si no pudieses testar, porque te hallases prohibido, por furioso &c., no podrias dar sustituto á tu hijo si moria en la edad pupilar; pero como puedan testar los que no tienen bienes, puedes hacer tu testamento, instituyendo á tu hijo por universal sucesor y heredero tuyo; y decir: y si mi hijo muriese dentro de la edad pupilar, sea su heredero N., este fulano sucederá en todos los bienes del hijo, si muriese dentro de la edad pupilar en virtud del testamento que tú hiciste.



*Esc.* Lo entiendo.

*Ab.* Lo segundo, que puede dar tutor á sus hijos, que no podria sin testar, como sucede al furioso ó mentecato; y ademas, que puede acaecer el que tenga algunos derechos ignorados el que no tiene bienes de presente, y sucederia en ellos el heredero instituido.

*Esc.* ¿Y quiénes mas no pueden testar?

*Ab.* El pródigo, que es aquel á quien se le ha puesto interdicion á los bienes por disipador. La razon es, porque la prodigalidad arguye defecto de juicio y entendimiento. Segun Aristóteles, pródigo se dice *quasi procul à regimine*; y por lo mismo las leyes, unas le comparan con el pupilo y otras con el furioso.

*Esc.* Y si el pródigo tuviese hecho testamento antes de ser declarado por tal, y habérsele puesto interdicion á los bienes como á disipador, ¿valdrá el testamento?

*Ab.* Si el testamento estaba hecho antes de la interdicion, vale; como tambien el que haga despues instituyendo á los hijos.

*Esc.* ¿El religioso puede hacer testamento?

*Ab.* No: porque el que entra en religion no tiene libre voluntad, y por consiguiente no puede testar; y así el testamento que tenga hecho antes se confirma, sin que despues de la profesion le pueda revocar, ni aun para instituir á el monasterio. Hoy por bula particular pueden testar los religiosos que sirven de capellanes en el ejército y armada: la puedes ver en la real cédula de 23 de mayo de 1784, que tendrás en el ayuntamiento.

*Esc.* ¿Y el escomulgado puede hacer testamento?

*Ab.* Puede: la razon es, porque la *testamentifaction activa est de genere permisorum*, y siendo á todos permitido, sino los espresamente prohibidos, como no lo esté el escomulgado, sin duda que puede, como hacer contratos y autos estrajudiciales.

*Esc.* ¿Y el usurero puede testar?

*Ab.* El público usurero no, á no ser que dé fianza de restituir las usuras: así lo siente el señor Covarrubias con otros varios autores clásicos españoles; y es terminante la prohibicion en el derecho canónico.

*Esc.* ¿Y el mudo ó sordo puede hacer testamento?

*Ab.* Si es el mudo ó sordo por naturaleza, sin duda que no puede testar ni *in scriptis*, porque no sabe escribir, ni *nuncupativamente*, porque no sabe hablar, y lo mismo si fuese por naturaleza solo mudo (que rara vez sucede); pero si fuese mudo, ó sordo por acaso, bien puede testar *in scriptis*, escribiendo de su mano el testamento: si fuese sordo, solamente puede testar, sepa ó no escribir; pero no si fuese mudo y no supiese escribir: la razon es, porque las señas siempre son muy equívocas para una cosa como el testamento; cuyos efectos los ha de producir despues de la muerte. No obstante puede hacer contratos siempre que por señas pueda esplicar su voluntad.

*Esc.* ¿Quiénes mas no pueden testar?

*Ab.* Por derecho de los romanos no puede testar el condenado á muerte civil ó natural, ni el hijo de familias, porque era un requisito preciso para la *testamentifaction activa* el ser padre de familias. Del condenado á muerte natural y de los hijos de familias hablaremos cuando espliquemos la ley 4. y 5. de estas de Toro. En cuanto á que el ciego puede testar está clara la ley que vamos esplicando, aunque con las particulares solemnidades que prescribe.

*Esc.* Ya sé qué es testamento, su orígen, y quiénes pueden testar; resta saber cuántos géneros hay de testamentos, y las solemnidades de cada uno de ellos.

*Ab.* Diremos las solemnidades de los testamentos, y las de los codicilos, y las particulares que deben intervenir en el del ciego; y para que lo entiendas dividiremos los testamentos en *in scriptis*, y testamento *nuncupativo*; y primero trataremos del *in scriptis*, y sus solemnidades.

*Esc.* ¿Qué es testamento *in scriptis* ó cerrado?

*Ab* *Testamentum in scriptis est ultima hominis voluntas, clausula scripta et signata intervenientibus testibus á jure præscriptis, ut post mortem habeat heredem.* El testamento *in scriptis* es la última voluntad del hombre acerca de que le suceda quien quiera, puesta en escrito, cerrada y sellada, con intervencion del número de testigos prescriptos por derecho para tales testamentos.



*Esc.* ¿Qué requisitos ha de tener el testamento *in scriptis* ademas de la escritura, sello y número de testigos?

*Ab.* Que sea hecho *único contextu*, esto es, que en un mismo acto manifieste á los testigos que aquel ó aquello que se comprende en el escrito es su testamento y última voluntad; y si sabe escribir que á presencia de los testigos escriba su nombre, y si no sabe, otro testigo escriba por él.

*Esc.* ¿Y qué número de testigos deben suscribir, y ante ellos decir que aquella escritura es su testamento y última voluntad, y qué circunstancias han de concurrir en los testigos?

*Ab.* El número ha de ser de siete si sabe escribir, y si no de ocho; el uno que escriba por el testador: deben ser varones libres, púberos, esto es, mayores de catorce años; deben saber escribir y ser rogados.

*Esc.* ¿Con que las mugeres no pueden ser testigos?

*Ab.* No: no obstante que lo pueden ser en los contratos y causas criminales por no hallarse prohibidas, estánlo de ser testigos en los testamentos por la fragilidad del sexo; pues aunque nuestra ley de Toro no lo diga, tenemos la ley 9 y 12 de la Partida 6, en donde se les prohibe: deben de ser los testigos mayores de catorce años púberos, porque hasta tal edad no se presumen del juicio y capacidad que se requiere para entender, percibir y deponer de la voluntad del testador; y ser libres, esto es, no ser siervos, ó á lo menos que esten en casi posesion de la libertad, y reputados por libres al tiempo de la publicacion del testamento: lo mismo se ha de entender de otro cualquiera defecto legal del testigo, cuando al tiempo de la publicacion esté en la opinion comun reputado por hábil con error de hecho, no de derecho.

*Esc.* No entiendo eso de error de hecho.

*Ab.* El error será de hecho si el siervo estuviese re-

putado por libre, ó el escomulgado porque está en la comunion de la Iglesia &c.: de derecho será si sabiendo que es siervo ó que está escomulgado creyesen que podia ser testigo.

*Esc.* Lo entiendo: ¿con qué el escomulgado no puede ser testigo?

*Ab.* Tampoco lo puede ser el infame por delito de los que infamen: se entiende uno y otro despues de la sentencia del juez, tanto el reo del delito que infama, como el de la escomunion.

*Esc.* ¿Y cómo se entiende que han de ser rogados los testigos?

*Ab.* Ser rogados los testigos se entiende, que sean convocados para el testamento, y no que esten por acaso y de paso; y deberán no solo saber escribir, sino tambien poner sus signos.

*Esc.* Pregunto, ¿y qué diferencia hay de las solemnidades que por nuestra ley se requiere, á lo que vmd. me ha dicho de las solemnidades del derecho comun?

*Ab.* Primera, que no hay necesidad de que los testigos sean rogados; segunda, que no sabiendo escribir el testador no hay necesidad de otro testigo, sino que cualquiera de los siete puede firmar por él: tercera, que pueden firmar los testigos unos por otros si algunos no saben escribir ó no pudieren: cuarta, que ademas de los testigos ha de intervenir Escribano público que suscriba, y que no es necesario el que los testigos pongan signos, y sí solo el Escribano.

*Esc.* ¿Y los religiosos y frailes de orden aprobada pueden ser testigos en el testamento?

*Ab.* No se hallan prohibidos de ser testigos con licencia del superior, con que pueden serlo.

*Esc.* ¿Supongo que en el testamento *in scriptis* se necesitará poner el dia, mes y año?

*Ab.* Por derecho comun no era solemnidad precisa cuando el testamento se hacia en escritura privada, pero sí hecho en escritura pública: mas hoy como por nuestra ley deba asistir siempre el Escribano, y cualquiera escri-



tura sin el requisito del dia, mes y año sea en sí nula, síguese ser requisito preciso en el testamento *in scriptis*, como el que intervenga Escribano, el que se ponga el dia, mes y año, siendo siempre el testamento *in scriptis* pública escritura, y por lo mismo no necesita publicacion como necesitaba por derecho comun cuando era hecha por escritura privada; ni obsta el decir que ignorando el Escribano lo dispuesto en el testamento cerrado, mal puede dar fe de ello; pues basta el que sepa esplícitamente que lo contenido en aquella escritura cerrada es la voluntad y testamento del otorgante, aunque esplícitamente no sepa lo contenido en la cerrada escritura.

*Esc.* ¿Y las solemnidades que vmd. me ha dicho se requieren en todos los testamentos son de modo que sean nulos si faltase alguna?

*Ab.* Por derecho comun los testamentos entre los hijos valian aunque faltasen las solemnidades de derecho y con menos número de testigos, se entiende siempre que los hijos sin mezcla de estraños fuesen instruidos; pero en nuestra España las solemnidades que prescribe esta ley 3 de Toro que vamos esplicando, son requisitos sustanciales *pro forma* en todo testamento, sea entre hijos ó estraños; de modo que faltando alguna de las que la ley prescribe no valdrá el testamento.

*Esc.* Enterado ya de las solemnidades y requisitos del testamento *in scriptis*, veamos ahora las que se requieren en el testamento nuncupativo.

*Ab.* Testamento nuncupativo *est ultima hominis voluntas, verbis coram legitimo numero testium explicata, ut post mortem quem voluerit heredem habeat.* Es el testamento nuncupativo la última voluntad esplicada á presencia del número de los testigos que la ley señala, y de las calidades prescritas acerca de tener cada uno el sucesor ó sucesores que quiera despues de su vida.

*Esc.* ¿Y qué calidades han de tener los testigos para el testamento nuncupativo?

*Ab.* Las mismas que para el *in scriptis* ó cerrado.

*Esc.* ¿Y qué número y demas solemnidades ha de tener?

*Ab.* Por derecho comun el mismo y las mismas, á escepcion de los requisitos de suscribir y signar.

*Esc.* Con que siete testigos sin Escribano son los necesarios por derecho comun de los romanos.

*Ab.* Asi es lo cierto: como el que no asistiendo Escribano que á presencia de los testigos redujese á escritura pública la otorgacion del testamento, muerto el testador lo mismo que en el testamento *in scriptis* que se hacia por escritura privada, habia que reducirse á escritura pública para que hiciese plena fe.

*Esc.* ¿Y cómo se hace esa publicacion, caso de que no se hayan hecho y otorgado los testamentos por pública escritura, y muera el testador?

*Ab.* Deben comparecer los testigos ante el Juez, y deponer con juramento de la voluntad del testador, y esta deposicion reducirla ó ponerla en escritura pública.

*Esc.* ¿Y qué diferencias tenemos de los testamentos nuncupativos segun nuestra jurisprudencia á la de los romanos?

*Ab.* En cuanto al número de testigos, el haberse reducido á cinco cuando no interviniese Escribano, y á tres cuando interviniese: en cuanto á las calidades de los testigos, el que deben ser vecinos del lugar en donde se hace el testamento, ademas de tener las cualidades de varones púberos, libres &c. que dijimos en el testamento *in scriptis* ó cerrado; y de parte de las circunstancias, que aunque deben ser los testigos presentes á un mismo acto, que dicen los juristas ser hecho el testamento *unico contestu*, no es necesario el que sean rogados.

*Esc.* Con que cinco testigos vecinos sin Escribano ó tres con él, y que no sean de los prohibidos por derecho ser testigos en los testamentos, y teniendo el testador *testamentifaccion activa*, tenemos todo lo que se requiere para un testamento nuncupativo.

*Eb.* Asi es lo cierto, y solo habrá que publicarle, como hemos dicho, en el caso de que haya sido estendido en escritura privada, ó no se haya estendido; pero si interviniesen siete testigos, no habrá necesidad de que sean vecinos, ni de Escribano.



*Esc.* Vamos á tratar del testamento del ciego, que supongo que por la ley puede testar.

*Ab.* El ciego puede testar por derecho de los romanos nuncupativamente, pero no *in scriptis*, ademas necesita intervenir Escribano que dé fe; los testigos, Escribano y testador debian signar y firmar, y caso de que no se hallase Escribano, debia de intervenir octavo testigo; y en el codicilo de ciego se requieren las mismas solemnidades que en el testamento. Concuerda con el derecho de los romanos nuestra ley de Partida, que es la 14, tít. 1 de la Partida 6; pero por la ley de Toro que vamos esplicando se han reducido á cinco testigos, intervenga ó no Escribano, aunque en el testamento del que tiene vista pueden ser ó los cinco sin Escribano, ó tres con él,

*Esc.* ¿Y despues de la ley de Toro puede el ciego testar *in scriptis*?

*Ab.* No puede; porque quien no vé mal puede escribir, y asi la ley en el hecho de querer mas testigos en el testamento del ciego que en el de los demas, y señalar menos número que los necesarios para el *in scriptis*, es claro que deja en pie la prohibicion, y aun la da por supuesta de que el ciego teste *in scriptis*.

*Esc.* Estoy ya impuesto en las solemnidades de los testamentos, y puiero saber, si uno del reino testase en otro en donde estuviesen establecidas diversas solemnidades y leyes diversas ó contrarias á las de España, ¿con arreglo á qué leyes habia de ordenar su testamento para que fuese válido al de las del pais en donde testaba, ó con arreglo á las de este reino de donde era natural?

*Ab.* Para responder á tu pregunta es preciso hacer distincion: es forzoso decirte que hay leyes que tratan de las solemnidades de los testamentos, y leyes que tratan de la sustancia de los testamentos; las que tratan de las solemnidades de los testamentos, como el cuántos testigos han de tener, si siete ó cinco; las cualidades de los testigos, como si ha de ser varon ó hembra &c., si han de ser rogados, y otros que pertenecen á la solemnidad y mayor seguridad de las últimas voluntades; deben observarse las del reino

en donde se hace el testamento; pero las leyes que tratan de la sustancia del testamento, como quiénes puedan ó no testar, de qué bienes, y á quiénes tengan obligacion de instituir, y en qué cantidad, deben de observarse las del reino de donde es el que testa.

*Esc.* ¿Con qué si un navarro testase en Madrid no tendrá obligacion á dejar sus hijos herederos con arreglo á las leyes de Castilla, y podrá desheredarles con arreglo á sus fueros y leyes de Navarra, siempre que el testamento sea hecho con las solemnidades de testigos que prescriben las leyes de Castilla?

*Ab.* De modo que si estaba el navarro de paso, y por acaso en Madrid, no tiene duda que en cuanto á la institucion para herederos de los hijos podia atemperarse á las leyes de Navarra.

*Esc.* ¿Y si no estaba por acaso, sino que era vecino de Madrid y natural de Navarra?

*Ab.* En ese caso atemperarse á las leyes de Castilla en un todo, porque este navarro de naturaleza ya era vecino de Madrid, y debe estar sujeto á las leyes de donde está avecindado, lo mismo que uno natural de Francia que fuese vecino de Madrid, y por consiguiente hubiese conseguido naturaleza en el reino.

*Esc.* ¿Con que el testamento siempre debe tener las solemnidades que se requieren en el pueblo donde se hace?

*Ab.* A no ser que por las leyes del reino otra cosa se mande, porque en este caso solo tendrá validacion respecto á los bienes existentes en aquel reino donde testa; pero no habiendo ley en contrario en el reino donde es natural, bastarán las solemnidades del reino en que testó, aunque se requieran mayores por las de su reino. Ahora me ocurre el advertirte de que hay un convenio entre la corte de España y la de Cerdeña en orden á la de los testamentos de españoles y sardos, que se mandó observar por Real cédula de 4 de Junio de 1783, que puedes ver en el oficio de Ayuntamiento en donde estará.

*Esc.* Veamos qué es codicilo, y qué solemnidades se requieren.



*Ab.* Codicilo es la última voluntad menos solemne por la que se puede añadir ó quitar de los testamentos anteriormente hechos, sin mudar la institucion de heredero.

*Esc.* Pero alguna solemnidad requeriria por derecho anterior al de esta ley de Toro esa voluntad menos solemne, que llaman codicilo.

*Ab.* Se requerian cinco testigos, pero sin ser necesario que fuesen rogados, ni que fuesen varones, pues bastaba el que fuesen mugeres, y lo mismo sucedia por derecho nuestro de las Partidas, como puedes ver en la ley 1, tít. 12 de la Partida 6; y no solo habia la diferencia de los codicilos á los testamentos por derecho comun en el número y calidad de testigos, sí tambien en que el testamento habia de contener institucion de heredero, no asi el codicilo.

*Esc.* Pero si se hiciese una disposicion en que ni hubiese la solemnidad que en el testamento, ni la de los codicilos, ¿valdria?

*Ab.* No: ni seria testamento, ni seria codicilo.

*Esc.* ¿Y qué diferencia hay de la solemnidad de los codicilos por el derecho comun del que hoy rige en España?

*Ab.* Aquí por nuestro derecho bastan tres testigos y un Escribano, ó cinco testigos como en el testamento nuncupativo, y por derecho comun y de las Partidas se necesitan cinco precisamente, interviniese ó no Escribano.

*Esc.* ¿Y la solemnidad de los codicilos *in scriptis*, segun nuestra ley, es diversa que la de los testamentos nuncupativos en cuanto al número de testigos?

*Ab.* Hay varias opiniones: unos dicen que nuestra ley de Toro no habla de los codicilos *in scriptis*; pero yo digo lo que los de la opinion contraria, y me fundo en que la ley solo dice que en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo, conforme á la ley del Ordenamiento, sin distinguir de codicilo. Y *quod lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, esto es, cuando la ley no hace distincion y habla generalmente, ni nosotros debemos distinguir: ademas que siendo el principal fin de la ley el hablar de los testamen-

tos cerrados á los que prescribe solemnidades diversas de las anteriores, y no de los nuncupativos, en los que se conforma con la solemnidad anteriormente prescripta por la ley del Ordenamiento, mas bien se puede decir que los codicilos de que habla son los *in scriptis* que los nuncupativos, porque si quisiera se entendiese solo de los codicilos nuncupativos lo dijera; pero como lo que quiso fue comprender á unos y á otros codicilos, dijo generalmente *en los codicilos*, sin hacer nominacion de alguno de ellos.

*Esc.* Pregunto: y en el supuesto de que en los codicilos, sean *in scriptis*, sean nuncupativos, se requieren las mismas solemnidades que en los testamentos nuncupativos, y en estos, segun vmd. ha dicho, se requiere que sean los testigos vecinos del lugar, ¿tambien deberán ser vecinos en los codicilos?

*Ab.* Lo que te aconsejo es que cuando asistas á algun codicilo procures que los testigos sean vecinos para evitar pleitos á los interesados; pero lo cierto es de que no hay ley que requiera tal condicion en los codicilos, y por consiguiente serán válidos, aunque sean los testigos forasteros, porque esta ley 3 de Toro que vamos esplicando nada ha dicho acerca de las cualidades de los testigos, y por lo mismo las que antes de ella se requeria en los testigos del testamento, esas se requieren despues, y las que en los testigos de los codicilos, esas mismas despues de la ley. Cierto que dice que en los codicilos intervengan las mismas solemnidades, pero dice de testigos, y habiendo solo hablado del número no se debe estender á mas: llégase á esto que la validacion de las últimas voluntades es favorable, y cuando constan deben de subsistir, á no ser que falten las solemnidades que espresamente se requieren *pro forma*; espresamente *pro forma* no hay que diga ó innove acerca de las cualidades de los testigos de los codicilos, por consiguiente no será preciso el que sean vecinos.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo aun hoy despues de esta ley 3 de Toro podrán ser las mugeres testigos en el codicilo?

*Ab.* Hágote el mismo encargo para evitar pleitos, que



nunca te valgas de mugeres para testigos aun en los codicilos; pero por la misma razon y razones, que pueden ser testigos los no vecinos, lo pueden ser en los codicilos las mugeres; añadiendo el que la testificacion es de *genere permissorum*. Esto es, que todos pueden testificar, y tienen fe sus dichos, sino los espresamente prohibidos; y siendo inconcuso en la jurisprudencia anterior á esta ley tercera de que en los codicilos podian ser testigos las mugeres, no estando por ella espresamente prohibidas, debe valer su testificacion.

*Esc.* Con que de ese modo, si en tiempo de verano ó con motivo de alguna romería inmediata no se hallasen hombres en el lugar y sí mugeres, y un enfermo que tenia testado quisiese hacer codicilo, no deberia dejar de hacerlo, y lo mismo con hombres forasteros si hubiese éstos, y no vecinos del lugar.

*Ab.* Dígote que sí debias autorizar el codicilo en ese caso con asistencia de testigos forasteros ó de mugeres; porque aunque no evitarias el litigio sucesivo entre los interesados, no era en culpa tuya, ni habias dado tú culpablemente motivo, pues no pudiste evitar la disputa, convocando los testigos hombres y vecinos, porque no los habia en el lugar.

*Esc.* Y cuando en el testamento falta alguna solemnidad, ó por descuido ó por necesidad, como en el caso propuesto, que como habia de ser codicilo fuese testamento, y el testador pusiese la cláusula que llaman codicilar, que si aquel su testamento no valiese como tal, valiese del modo que pueda valer, ¿valdria?

*Ab.* Cuando se quiere hacer un testamento, y faltan las solemnidades de él, aunque se pongan las que se requieren para codicilo, ni vale como testamento, porque le faltaron las solemnidades, ni como codicilo, porque no quiso hacer codicilo; pero cuando el testador pone la cláusula codicilar que has referido, entonces porque es su espresa voluntad de hacer codicilo, caso de que no valiese su testamento, valdrá como codicilo, y el heredero abintestato tendrá obligacion de restituir la herencia al instituido en

el testamento menos solemne que tuviese la cláusula codicilar, de modo que la institucion directa se convierte en fideicomisaria; y en este caso el heredero abintestato es obligado á restituir la herencia á el instituido en el testamento menos solemne, detrayendo para sí la cuarta parte, que se llama trebeliánica.

*Esc.* ¿Qué es cuarta trebeliánica?

*Ab.* Cuando en los testamentos se dejaba la herencia por fideicomiso, esto es, se instituia á uno, mandándole restituyese á otro; como la validacion de este testamento pendia de la voluntad del heredero fiduciario, á cuya confianza se habia encargado la restitucion ó entrega de la herencia, sucedia muchas veces que este fiduciario, como solo la herencia le reportaba trabajo, pues tenia que restituir al fideicomisario, no queria aceptarla; de lo que resultaban ineficaces las últimas voluntades, y el senadoconsulto trebeliano mandó que los herederos fiduciarios tuviesen la cuarta parte de la herencia y restituyesen las tres, con lo que se evitó el que quedasen tales testamentos sin efecto; pues el interes de la cuarta parte bastaba para que todos aceptasen las herencias, y como la concesion de esta cuarta parte fue por el senadoconsulto trebeliano, se llamó y llama la cuarta trebeliánica.

*Esc.* Sigamos con lo que falte de la esplicacion de esta ley.

*Ab.* Es bueno que sepas el que los hijos por derecho antiguo de los romanos tenian por legítima, asi como hoy en España tienen todos los bienes de los padres, á escepcion del quinto (de lo que trataremos en su lugar), la cuarta parte, de modo que en ella debian ser instituidos, y se llamaba la cuarta legítima. Ya hemos dicho que los herederos abintestato, cuando el testamento tiene algun defecto de solemnidad, y en él es puesta la cláusula codicilar, tienen obligacion á dar á los instituidos en el testamento menos solemne la herencia como fideicomisaria, deduciendo la cuarta trebeliánica; y en el supuesto de que de los hijos era la cuarta legítima (hoy todo á escepcion del quinto es legítima), se dudó y preguntaron si puesta la cláu-



sula codicilar en el testamento menos solemne, en que los estraños sean instituidos, los hijos que deben restituirles la herencia, deberán retener dos cuartas, esto es, su legítima y la cuarta trebeliánica, ó solo su legítima.

*Esc.* ¿Y de qué opinion es vmd.?

*Ab.* Hoy está ya recibida por comun opinion, que el heredero legítimo, que es gravado á restituir la herencia á estraños, ó espresamente, ó tácitamente, por ser instituido el estraño en testamento menos solemne, ó cuando por alguna otra causa se rompiese el testamento, en cuyo caso la institucion directa se convierte en fideicomisaria; no pueda sacar dos cuartas, y sí solo una, la que mas le interese: la razon, porque la cuarta trebeliánica fue concedida contra la voluntad del testador, por evitar el que faltase el testamento por defecto de adicion en el heredero, si tuviese que entregar y restituir al fiduciario toda la herencia; y como esa razon y motivo cesa cuando por el interes de la cuarta legítima tiene que aceptar, no hay necesidad de darle dos cuartas.

*Esc.* Con que en nuestra España el hijo ó hijos que tenga que restituir al fideicomisario tácito ó espreso la herencia, deberá hacerlo del quinto íntegro, porque no debe sacar trebeliánica; y solo del quinto, porque todo lo demas es legítima suya.

*Ab.* Asi es lo cierto: teniendo por regla general, que la disposicion y última voluntad de los testadores, que por cualesquiera accidente y falta de solemnidad no pudiese valer directamente; siempre que tenga la cláusula codicilar; y la falta no fuese de las que anulan los codicilos, se oblicua y vale por fideicomiso; entendiéndose que el testador grava á los abintestato á que restituyan á los instituidos la parte, cosa ó cosas que les ha mandado, deduciendo solo, si fuesen herederos forzosos, la cuarta legítima, y si no la cuarta trebeliánica: lo mismo si el testamento se rompiese por exheredacion ó pretericion de algun hijo, ó si los hijos fuesen instituidos en partes desiguales con perjuicio de la legítima de alguno; en cuyos casos, quejándose el ofendido del testamento, se declarará insubsistente, pero sucederán los hijos abintestato: todos llevarán sus legí-

timas, y los instituidos en mayor parte se entienden mejorados, y los herederos abintestato con obligacion de restituir por via de mejora todo lo que escede de sus legítimas, sin sacar mas cuarta que la legítima.

*Esc.* Eso se entenderá respecto á las instituciones; ¿pero en cuanto á las demas mandas y legados?

*Ab.* En cuanto á las mandas y legados, aunque el testamento se anule por el defecto de pretericion del hijo ó hijos, en el quinto de los bienes, y en el tercio entre los hijos y nietos, las mandas y legados permanecen válidos directamente; pues segun nuestra jurisprudencia, y la última de los romanos, el testamento por defecto de exheredacion, ó pretericion solo se rompe en cuanto á la institucion, lo demas de él, mandas, legados &c., permanecen válidos.

*Esc.* ¿Qué es pretericion?

*Ab.* Ya entiendes, pues no preguntas, qué es exheredacion, que es cuando el testador sin causa exhereda al que es heredero forzoso, como hijo ó padre &c., pues pretericion se llama cuando sin causa no le deshereda espresamente, pero le exheredera tácitamente, pues no le instituye ni deja su legítima.

*Esc.* Lo entiendo: sigamos.

*Ab.* Habiendo ya dicho qué es testamento, cuántas clases hay de testamentos, qué solemnidades han de tener, qué es codicilo, y qué solemnidades se requieren en ellos; trataremos de cómo y por qué causa los testamentos hechos con las solemnidades dichas de testigos &c., se revocan.

*Esc.* Veamos los modos de revocar los testamentos solemnemente hechos.

*Ab.* En primer lugar se revoca el testamento hecho solemnemente por la rotura de su escritura ó del sello del Escribano, ó si se cancela, borra ó interlínea alguna parte sustancial de él, segun la ley 24, tit. 1 de la Partida 6; pero con esta diferencia que cuando se rompe la escritura del testamento se revoca todo el testamento; pero si se cancela ó interlínea alguna parte, en duda no se revoca todo el testamento, y sí solo aquella parte: digo en duda, porque si de la cancelacion y demas circunstancias se



infiere que quiso el testador revocar el testamento, quedará revocado como si la cancelacion fuese de la institucion, y el testador no manifestase, quiere subsistan las demas mandas y legados hechos en él; pero es constante de que siendo la cancelacion en parte menos sustancial del testamento, solo en ella se entiende revocado: se ha de advertir que cuando la interlineacion está salvada por el testador ó Escribano, antes del signo de éste, no daña y vale lo salvado.

*Esc.* Supongo que esto se entenderá en el testamento *in scriptis*, pero no en el nuncupativo.

*Ab.* Lo mismo en el *in scriptis* que en el nuncupativo reducido á escritura pública. Lo dicho se ha de entender en uno y otro testamento, cuando deliberadamente el testador le rompió ó canceló (que siempre se presume); pero si se probase haber sido por casualidad, no se revoca el testamento; la razon es, porque el que éste sea modo de revocarse el testamento, ó la parte de él, es porque de la rotura se infiere la voluntad del testador de que no tenga efecto, y esta última voluntad debe prevalecer á la primera.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo el testamento legítimamente hecho se revocará por la voluntad contraria?

*Ab.* Sin duda que por la voluntad contraria esplicada ante el número competente de testigos, que se requieren para hacer testamento, queda revocado, y se entiende querer vengan á suceder los herederos abintestato. Dudóse segun la jurisprudencia romana, si el testamento se podia revocar verbalmente sin nuevo testamento, porque requiriéndose la misma solemnidad para destruir un testamento que para constituirle, y siendo para éste precisa la institucion de heredero, decian que por la verbal revocacion no se podia destruir el testamento legítimo; mas hoy por nuestra jurisprudencia, como tambien segun la ley 1, tit. de los testamentos lib. 5 del Ordenamiento, vale el testamento ordenado con el número legítimo de testigos, aunque no haya institucion de heredero; no tiene duda que la verbal revocacion ante legítimo número de testigos revoca el primer testamento legítimamente hecho.

*Esc.* Y dígame vmd. si hubiese dos testamentos de la misma forma y tenor, y rompiese uno ó le cancelase, ¿el otro valdrá?

*Ab.* Si hay dos en su poder, y rompiese el uno, no se entiende que quiso revocar el testamento: la razon, porque de dos iguales, rompido el uno solo, se entiende que renuncia un medio de prueba del testamento, pero no le revoca, supuesto de que queda escritura en su poder en que consta su primera voluntad, que pudo haber rasgado, ó cancelado en todo ó en parte, y no lo hizo; pero cuando en poder de Escribano obra el original, en el del testador la copia, y ésta se halla rasgada ó cancelada en todo ó en parte, opinan con variedad los autores: yo opino que no se revoca el testamento. La contraria voluntad sin que sea esplicada con las mismas solemnidades de testigos que fue hecho el testamento, no es bastante para revocar el legítimamente hecho; la cancelacion de la copia ó su rotura lo mas que induce es una presuncion de que quiso revocar el testamento y con muchas dudas, porque puede haberse roto por algun interesado despues de muerto el testador, ó antes sin su voluntad: la presuncion no puede obrar mas que la verdad: la verdad de su verbal revocacion sin la presencia del número legítimo de testigos, no basta á revocar el testamento legítimamente hecho, con que menos podrá la presuncion.

*Esc.* Ahora me ocurre una fuerte duda, tanto contra lo que acaba vmd. de decir, como contra el que por solo la verbal revocacion no pierde el testamento primero la fuerza, y es, que cuando obra en su poder el único testamento y le cancela, se revoca en el todo ó en la parte; esta cancelacion no hace mas que tener la presuncion de que quiso el testador no valiese su primer testamento: con que la presuncion de que el testador quiso revocar el primer testamento, es bastante para su revocacion, y por consiguiente con mas razon la verbal revocacion.

*Ab.* Amigo, la dificultad confieso es fuerte: para cuya solucion es preciso sepas que las leyes siempre han querido que las últimas voluntades de los hombres tengan efecto, y asi es lo principal que se ha de atender en cuanto á validacion de los testamentos; pero como la esperiencia enseñe los fraudes que los interesados cometian por la codicia de heredar, y cuán dificultoso era averiguar la voluntad de quien habia salido de esta vida; fue comunmente recibido en todas las naciones cultas, prescribir ciertas y ciertas solemnidades á los testamentos y últimas voluntades, para evitar fraudes, en favor de ellas mismas, y la causa comun; por lo que todos deben estar sujetos á ellas, y con ellas solemnizar lo que quieren valga despues de su muerte: por la misma razon el que ha hecho testamento solemne, y muda de voluntad, esta voluntad de que no subsista la primera, como espuesta á los mismos fraudes, necesita de las mismas solemnidades, y asi la verbal revocacion no es bastante, por la necesidad que hay de solemnizarla, y obligacion que el testador tiene de sujetarse á esta solemnidad, si quiere que tenga efecto su última voluntad; pero si estas voluntades constan por un modo indubitado, en que no quepa fraude, y sin que haya contravenciones á las leyes, á las últimas voluntades se debe estar por ser su cumplimiento el que apetecen las leyes. En estos verdaderos supuestos si el primer testamento es cancelado, no hay duda de que la voluntad del testador es revocarle en el todo ó la parte; y no habiendo de probarse esta voluntad por testigos, no tenemos el caso de que sean necesarias las solemnidades de ellos; y teniendo clara la voluntad última del testador, á ella se ha de estar. Cuando la voluntad se esplica verbalmente, si le faltó el número y solemnidad de testigos, en derecho no se entiende probada; asi como un contrato que se disputase, y para la prueba solo se presenta un testigo.



*Esc.* Pues de ese modo rota ó cancelada la copia que obra en poder del testador, aunque obre la escritura original en poder del Escribano, bastará para revocar el testamento.

*Ab.* Oye la diferencia; es cierto que el testador puede haber querido revocar el testamento por rotura de la copia, como tambien teniendo dos testamentos de la misma forma y tenor, por la rotura de uno pudo querer revo-

carle, y no haber tenido tiempo para mas; pero esto pudo ser asi ó no: con que no es indubitada la voluntad de revocar el primero; pues pudo solo querer renunciar la mayor prueba, ó no querer tener en su poder copia por algun fin particular y respeto; y asi como dudosa la última voluntad en orden á la revocacion del primer testamento, debe éste subsistir; no asi cuando el mismo original es cancelado, en cuyo caso, ademas de que al tiempo de la muerte (que es cuando se confirman los testamentos) en la verdad no hay testamento, sino del modo que se halla en el original, es clara la última voluntad del testador de que no valga.

*Esc.* Quedo convencido. Veamos otro modo de revocarse el primer testamento legítimamente hecho.

*Ab.* El testamento primero se revoca por el segundo tambien legítimamente hecho, aunque el testamento no tenga efecto, porque el heredero instituido en el segundo no quiso aceptar la herencia. La razon es, porque por el testamento segundo el testador quiso, lo uno que el instituido en el primero no fuese heredero, y lo otro, que lo fuese el instituido en el segundo; y aunque la voluntad en cuanto á esto no tenga efecto por algun accidente, siempre le tiene en cuanto á que no sea heredero el instituido en el primero; pues aun en el caso que suceda despues abintestato, porque el instituido en el segundo no quisiese serlo, sucederá, no por la voluntad del testador, sino por beneficio de la ley, como si hubiese muerto sin testamento alguno el testador.

*Esc.* Dígame vmd., y si uno hiciese testamento, y porque teme que ciertos respetos le podrán obligar á hacer otro en favor de otras personas que las que quiere le sucedan, dijese en él: "quiero que este testamento valga, aunque des-»pues se halle hecho otro posterior, pues éste, y no el que »despues haga, quiero subsista;" por el segundo testamento hecho con todas las solemnidades de derecho se revocará este primero, en que se halla la cláusula derogatoria del segundo.

*Ab.* Respondo: que el primero no se revoca por el segundo: la razon, porque en las cosas que dependen del ánimo y voluntad, la protestacion anterior quita las fuerzas y



validacion del hecho siguiente; y así el primer testamento en que haya cláusula derogatoria del segundo valdrá; á no ser que en el segundo haya revocacion de la cláusula derogatoria, como si dijese en el segundo: "quiero que val-»ga, no obstante cualquiera cláusula derogatoria que haya »puesto en el primer testamento," porque aunque la protestacion quita la fuerza del acto siguiente, se entiende si no muda y se aparta de la primera voluntad; y se entiende apartarse cuando revoca la cláusula derogatoria que puso en el primero, pues la ley que cualquiera se impone puede él mismo quitar; y en tanto es cierto que puede revocarse el primer testamento que tenga la cláusula derogatoria del segundo, hecha revocacion de dicha cláusula; aunque en el primero diga que no pueda revocarse por el segundo, aun con espresa revocacion de la cláusula derogatoria, y aun cuando el primer testamento sea hecho con juramento: la razon es, porque la voluntad del hombre en orden á disponer de sus bienes para despues de sus dias es deambulatoria hasta la muerte; y la última es la que debe subsistir; y asi cuanto impida que se verifique esta última voluntad, y la libertad de testar hasta la muerte se dice en el derecho ser contra *bonos mores*, por lo que el tal juramento no vale, y sí solo tiene efecto de cláusula derogatoria; como tampoco vale la prohibicion absoluta que el testador se haya impuesto en su primer testamento de no poderle revocar.

*Esc.* ¿Y de qué mas modos se revoca el primer testamento?

*Ab.* Por derecho comun de los romanos se revocaba aun por el segundo menos solemne, en que hayan sido instituidos los herederos abintestato; pero segun nuestra ley de Toro, sean entre estraños ó entre hijos, los testamentos deben de tener la misma solemnidad de testigos; y asi faltando esta no puede subsistir el segundo testamento; pero si las tuviese, aunque el primero tenga mas número de testigos, v. gr. siete, porque fue *in scriptis*, y el segundo *nuncupativo* solo cinco testigos, valdrá este segundo, y revocará el primero, tanto instituidos los herederos abintestato como los estraños.

*Esc.* Dígame vmd. si uno principió á hacer testamento con legítimo número de testigos y dispuso algunas cosas, pero le cogió la muerte antes de concluirle, ¿valdrá este testamento en lo que el testador habia dispuesto?

*Ab.* Cuestion dudosa es: por derecho de los romanos sin duda que constando que no habia concluido de testar, y que el testador queria añadir ó quitar algo (pues no constando evidentemente, y aun en caso de duda, supuesta la institucion de heredero, se entendia el testamento perfecto y consumado) se tenia el testamento por imperfecto *ratione voluntatis*, y no valia, aunque fuese entre herederos abintestato, ni en aquellos casos en que valia el testamento menos solemne; pues aunque se supliesen los defectos de solemnidad, nunca los de voluntad; pero por nuestro derecho, aunque no hay ley que hable del caso en particular, podia haber algunas diferencias; pero yo sola una advierto, y es de que no la hay, como por derecho comun la habia, en haber institucion de heredero ó no, supuesto de que sin este requisito, y aun sin valer el testamento, segun la ley del ordenamiento, que es la 1 del *tít.* 2 fol. 5 se conservan los legados y demas mandas contenidas en el testamento.

*Esc.* En ayunas me he quedado de lo que vmd. me ha dicho.

*Ab.* Vamos despacio: por derecho comun, no habiendo institucion de heredero, no habia testamento, ni valia lo en él dispuesto; con que si antes de la institucion de heredero moria el testador, por supuesto que nada valia; pero como en nuestra legislacion se quiere que la voluntad del hombre esplicada ante los testigos que se requieren por la ley para la validacion, subsista del modo que pueda, aunque falte institucion de heredero, ó se anule en esta parte el testamento, sacamos que valdrán los legados y mandas, y el heredero abintestato tendrá obligacion á pagarlos; porque aunque el testamento en el todo no subsista por defecto de esplicacion de voluntad en orden á herederos, no hay tal defecto en cuanto á las mandas y legados que espresamente quiso valiesen, y esta diferencia hay de nuestra legislacion á la de los romanos.



*Esc.* Pues veamos: ¿en los casos de que hubiese instituido heredero ó herederos, pero se conoce que por lo que ha dicho tiene que mudar, añadir, declarar &c., y antes muere?

*Ab.* En el caso de haber institucion de heredero, tanto por derecho de los romanos como por el nuestro si evidentemente no consta que queria el testador quitar ó añadir, siempre subsiste válido el testamento, aunque se quede muerto, como se suele decir, con la palabra en la boca.

*Esc.* ¿Y cómo se ha de saber con evidencia que el testador tiene que añadir ó quitar para que se diga que la voluntad no está consumada?

*Ab.* Por ejemplo: si dijese: dejo por mis herederos á Juan y:::, y en este estado muriese, pues aunque es cierto dejaba heredero á Juan, no era solo, y sí con otros; sin saber en qué parte; y siendo constante que esta voluntad no es consumada, pues es de varios herederos, y solo consta de uno, por consiguiente es imperfecta: este defecto de voluntad consumada anula el testamento, asi por derecho comun, como regio; pero con la diferencia que por derecho comun en todo, y por el regio solo en cuanto á la institucion de herederos por no ser voluntad perfecta, valiendo los legados y mandas anteriores, acerca de las cuales la voluntad del testador esté perfecta y determinada.

*Esc.* Me parece que lo voy entendiendo; pero quiero mas ejemplos.

*Ab.* Supongamos que no solo nombró á Juan, sino tambien á Pedro; pero dijo á Juan, Pedro y :::, y en este estado murió, aunque son dos los nombrados, y por lo mismo ya hay herederos, se conoce que queria nombrar, y iba nombrando á mas, y no haciéndolo por sobrevenir la muerte, quedó la voluntad imperfecta, y no consumada acerca de herederos.

*Esc.* Con que solo en la *Y* estaba la diferencia; ¿y si hubiese dicho á Juan y á Pedro, valia el testamento?

*Ab.* Conforme: si quedaba la cosa de modo que aun la voluntad no estaba consumada, lo mismo diriamos; v. gr. si decia á Juan y á Pedro y á:::, y moria sin decir mas;

de modo que claramente se conocia que iba siguiendo nombrando á mas herederos, v. gr. á Juan y á Pedro, á N. y á ::: ó á Juan y Pedro y N. y :::, y en cualesquiera otros casos en que se conoce evidentemente que iba á nombrar mas herederos, ó que lo que habia dicho no era su voluntad completa y consumada en aquella parte.

*Esc.* ¿Con qué en los casos en que se conoce que la voluntad no está perfecta, tanto entre los romanos como en España el testamento no vale?

*Ab.* Cuidado que en caso de duda vale el testamento; pero cuando consta que no estaba perfecta y consumada la voluntad, acerca de lo que principió á decir, es cuando no vale; pero con la diferencia que entre los romanos todo el testamento faltaba, y en España, como los legados y mandas pueden subsistir sin institucion de heredero, aunque esta se anule, las mandas y legados, de cuya voluntad no hay duda, siempre valdrán, y el heredero abintestato estará obligado á cumplirlas.

*Esc.* Un ejemplo.

*Ab.* Mando á N. cincuenta doblones para que me encomiende á Dios, y dejo por mis herederos á Juan, Pedro y á :::, y en este estado muere; la voluntad acerca del legado es consumada y completa; pero no lo es acerca de los herederos: esta está siempre imperfecta, y la institucion no vale por defecto de voluntad consumada; pero como no tenga este defecto respecto á querer que el heredero y herederos, sean quienes hayan de ser, dén al legatario los cincuenta doblones, no solo los herederos instituidos, caso de que se hubiese completado la voluntad, sino los que por este defecto vengan abintestato, tienen que pagar el legado.

*Esc.* Ahora ya lo entiendo: y con eso me parece que salgo de otra duda, y era si concluido un testamento *nuncupativo*, que se esté haciendo por escritura pública, antes de leerlo al testador muriese.

*Ab.* Y qué dirias en ese caso, ¿valdria esa escritura de testamento?

*Esc.* Supongo que sí.



*Ab.* Pues supones mal: porque en tal escritura pudiera por equivocacion contenerse cosa diversa de lo que el testador habia dicho. El testamento *nuncupativo* que habia hecho vale; pero no aquella escritura no leida al testador, y asi habrá que convocar á los testigos para de nuevo reducir el testamento *nuncupativo* á pública escritura, y siempre valdrá el testamento, deponiendo los testigos fue lo contenido en ella lo mismo que el testador dijo.

*Esc.* Quedo enterado de todo: y ahora pregunto si el escribano ó testigos ú otro preguntase al testador si quiere dejar á N. por heredero, ó tal y tal cosa de manda ó legado, y respondiese que sí, ¿valdria la tal institucion ó legado?

*Ab.* Son los autores de diverso sentir en esta parte: yo opino con los que dicen que sí; me fundo en dos razones: primera: porque el poder hacer testamento es de género permitido tanto en cuanto al derecho de testar, como cuanto al modo de esplicar su voluntad, y asi como todo el que no esté prohibido puede testar, no habiendo ley que prohiba testar de este modo, ni que mande la precision de nombrar el heredero por su nombre (sino al ciego) valdrá siempre, no solo el legado ó manda, sino tambien la institucion de heredero en la forma que contiene tu pregunta: segunda: que si no valiera la institucion en esta forma se seguiria muchas veces que la malicia de los escribanos pudiera escluir á los herederos que querian instituir los testadores rústicos á favor de sus herederos abintestato, preguntándoles ó mandando á otros preguntase si dejaban por herederos á aquel ó á aquellos que conocian ó sabian querian los testadores instituir, á que incautos respondiesen que sí.

*Esc.* Pregunto: si estando uno haciendo su testamento antes de instituir heredero perdiese el habla ¿podrá continuar por señas?

*Ab.* Si no perdió del todo el habla, sino que hablaba tartamuda y balbucientemente, no hay duda que pudo y puede continuar; pero si del todo perdió el habla, por derecho comun de los romanos hay ley espresa; es la ley *Dis-*

*cretis*, *Cod. qui testam. fac. possunt*, que dice que no puede testar si no sabe escribir; pero bien se podian dejar mandas por señas indubitables: segun nuestra jurisprudencia no tenemos decision formal en el caso, y los secuaces del derecho de los romanos han querido que en falta de ley de España tenga autoridad; pero yo, que no concedo autoridad legislativa al derecho romano, digo que no habiendo, como no hay decision en España sobre el particular, esplicada la voluntad del testador ante legítimo número de testigos, tiene todo lo que se requiere para su validacion; y no hallo diferencia alguna entre la institucion de heredero y las mandas ó legados; porque si estas se pueden dejar por señas indubitables, lo mismo tenemos en las herencias; toda la dificultad estará en si las señas son indubitables de la voluntad del testador; con que en el supuesto de que las haya, pues por ellas se pueden dejar mandas y legados, ¿qué duda tiene de que tambien herencias? ¿qué diferencia hay entre responder de que *sí*, á la pregunta de si quiere dejar á Juan, v. gr. por heredero, á responder con un signo indubitable de su voluntad, asegurando con la cabeza, y de modo que los testigos no duden de la voluntad? ¿por qué el legado ó manda ha de valer, y no la institucion de herederos? Dirán que porque la ley *Discretis* lo dice asi, y no hay ley terminante en España que diga lo contrario; pues yo digo que vale la institucion, porque no hay ley en España que la prohiba, y la ley *Discretis* no tiene autoridad alguna; ademas que convirtiéndose por derecho de los romanos la institucion de herederos en fideicomiso, es una mera escrupulosidad de aquel derecho el que no se pueda hacer por señas la institucion directa; y nuestras leyes no protejen la mera escrupulosidad del derecho de los romanos, aunque se conforman en muchas cosas con el que está fundado en sólida razon.

*Esc.* A la verdad que es una rareza el que no se haya de poder dejar la herencia directamente, y sí por fideicomiso; que no se han de poder dejar mil, v. gr. con título de herencia, y en donacion ó legado se han de poder dejar veinte mil por señales indubitadas de la voluntad.



*Ab.* Si entre nosotros las leyes romanas tuviesen autoridad, no habia que decir mas que la ley lo mandaba, y aquellos fundamentos de la jurisprudencia que hubo para ello; pero no teniendo entre nosotros, como no tiene autoridad, y no habiendo ley de España en confirmacion, diremos que lo mismo se puede dejar por señales indubitables la herencia que los legados y demas mandas.

*Esc.* Pregunto: y si el testador hiciese la institucion diciendo: si muriese de esta enfermedad ó en la guerra nombro á N. mi heredero, y no muriese de aquella enfermedad ni en la guerra, y sí pasados años de otro accidente, habiendo convalecido de la primera enfermedad, ó vuelto de la guerra, ¿valdrá este testamento?

*Ab.* Distingo: ó se conoce que el testador hizo asi la institucion, poniendo como condicion la muerte de la enfermedad ó guerra, ó no como condicion, sino como causa impulsiva; de modo que el *si muriese en la guerra* equivalga *á* porque es espuesto que muera en la guerra; en el primer caso, faltando la condicion no vale el testamento, en el segundo sí.

*Esc.* Pero ¿cómo se ha de conocer si fue solo como causa impulsiva para hacer el testamento la enfermedad ó la guerra el decir si muriese en ella, ó fue como verdadera condicion?

*Ab.* De la misma narrativa anterior á la institucion y de las espresiones del testador con relacion á su heredero se podrá inferir; y sin duda no deberá regularse por condicion si dejase instituidos á los parientes mas cercanos, y sí si dejase á un estraño: en todo caso se tendrá como condicion si el testador, sobre la partícula *si muriese en la guerra ó de esta enfermedad*, añadiese la esclusiva, y *no en otro caso*, en el que ninguna enunciativa haya de que quiso fuese condicional la institucion mas que la espresion de la partícula *si*, se deberá entender que la puso como causa impulsiva, y no como condicion.

*Esc.* Con que en sustancia el juez, segun los antecedentes y concomitantes á la espresion si muriese en la guerra ó de enfermedad, juzgará si es ó no condicional la ins-

titucion de heredero, y si el testamento muerto el testador de otra enfermedad, y no en la guerra, deberá subsistir.

*Ab.* Con efecto, el juez debe juzgar de los antecedentes y concomitantes á la institucion, si es ó no condicional. ¿Tienes mas qué preguntar? si no iremos á la ley cuarta.

*Esc.* Vamos á la ley cuarta.

## LEY IV.

*Mandamos que el condenado por delito á muerte civil ó natural pueda facer testamento y codicilos ú otra cualquier última voluntad, ó dar poder á otro que la faga por él, como si no fuese condenado; el cual condenado y su comisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delito fueren confiscados, ó se ovieren de confiscar ó aplicar á nuestra cámara ó á otra persona alguna.*

## *COMENTARIO.*

*Esc.* No entiendo qué es muerte civil.

*Ab.* Para la inteligencia de esta ley conviene sepas antes que la muerte civil se llamaba entre los romanos *capitis diminutio*, que era la mudanza del primer estado con pérdida ó diminucion; se dividirá en *maxima*, que era aquella por la que se perdia la libertad, pasando de estado de libre al de siervo, esta siempre se ha comparado á la muerte natural: *media*, que era aquella, por la que se pasaba de ser ciudadano romano á no serlo, y perder los derechos de tal, como el que por delito era deportado; hoy el condenado á las minas del azogue, á galeras &c. Este tambien en algun modo se comparaba á la muerte, y se decia siervo de la pena; *Y capitis diminutio minima* se decia cuando de una familia se pasaba á otra, como cuando uno era adoptado por hijo de alguno, pues perdia ó salia de la primer familia; de modo que por la *capitis dimunitio maxima* se perdia la familia, la ciudad y libertad: por la *media* se perdia la familia y la ciudad; y por la *minima*, solo la familia; *la capitis diminution minima* no se comparaba de modo alguno á la muerte, aunque respecto de la familia, y sus antiguos derechos, moria. Las dos primeras eran comparadas á la muerte, y se llamaban muertes civiles.



*Esc.* Lo entiendo.

*Ab.* Como por las dos *capitis diminutiones* se hiciesen siervos de la pena y se regulasen muertos civilmente, no podian los *capite minutos* testar, y lo mismo sucedia con los que por delito eran condenados á muerte natural.

*Esc.* Lo entiendo.

*Ab.* Hemos de suponer que en nuestra legislacion no hay delito por el que se condene á uno á la servidumbre, ó *capitis diminution maxima*; pero sí á la muerte natural, y á la *capitis diminution media*, como es deportacion á una isla, minas, galeras &c., que son las penas que se decian daban muerte civil, y quedaba el condenado hecho siervo de la pena. En estos supuestos, y queriendo nuestra ley cuarta corregir cuanto á la facultad de testar el derecho comun, manda que puedan testar como todos los demas ciudadanos los que por delitos sean condenados á muerte natural ó civil; de modo que quedan hábiles para disponer de sus bienes por testamento ó codicilo, por sí, ó dando poder á otros para que los hagan por ellos; solo se les prohibe la disposicion de aquellos bienes que por el tal delito se confiscan, ya con aplicacion á la cámara, ya con aplicacion á otra cualquiera parte.

*Esc.* ¿Con que un condenado á la horca puede testar?

*Ab.* Cierto que puede testar aunque se le confisquen sus bienes, bien que no podrá disponer de los bienes confiscados.

*Esc.* Pues si no puede disponer de los bienes, ¿á qué viene el que pueda testar?

*Ab.* Ya creo que hemos dicho que el no tiene bienes puede testar, y los efectos de esta *testamentifaction*, como el que pueda dar sustituto á su hijo, y nombrarle curador &c.

*Esc.* Ya me acuerdo que la *testamentifaction* tiene mas

efectos que el dar los bienes presentes, ó que el testador posee; y pregunto: ¿el condenado á muerte civil ó natural tiene solo la *testamentifaction* activa, esto es, el poder testar, ó tiene tambien la pasiva de poder ser instituido heredero?

*Ab.* Varían los autores: es cierto que la ley no habla espresamente de la *testamentifaction* pasiva; pero esto no obstante opinan que la tiene: lo uno, porque el no tenerla antes es porque se consideraba siervo de la pena, y por lo mismo sin los derechos de ciudadano, y hoy por nuestra ley dándole la facultad de testar se le da derecho de ciudadano: lo otro, porque las disposiciones de derecho, que hablan en unos casos son estensivas á los demas equivalentes, y adonde hay mayor razon para ello, y la *testamentifaction* activa siempre ha pedido mas requisitos que la pasiva; y asi ni el hijo de familias, ni el menor, ni otros han podido testar, y sí ser instituidos herederos; con que concediendo nuestra ley á los condenados á muerte civil y natural lo que es mas, cual es el poder hacer testamento, sin duda que con mayor razon el poder suceder, y ser instituidos en los de otros. Esta es mi opinion con los autores que la siguen; mas tú podrás seguir la que mejor te acomode, y vamos á la ley siguiente.

## LEY V.

*El hijo, ó hija, que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estuviese fuera de su poder.*

### COMENTARIO.

*Ab.* El hijo de familia, por derecho comun de los romanos, por el hecho de ser hijo de familias, aunque fuese mayor, no podia testar; mas nuestra ley correctoria del derecho comun le concede el poder testar, como si fuese padre de familias, siempre que por razon de la edad no tenga impedimento; es decir, que por hijo de familias no tiene



impedimento, y sí le tendrá por menor, si siendo varon no llega á los catorce años, y hembra á los doce.

*Esc.* ¿Y por qué razon los romanos prohibian á los hijos de familias el testar?

*Ab.* Era un requisito entre ellos para poder testar el que el testador fuera padre de familias, esto es, que no estuviese en potestad agena: y la razon sin duda seria el que como en los principios los romanos dieron á los padres una tan amplia potestad sobre los hijos, que llegó hasta el derecho de vida, y tanto estos como los siervos, cuanto adquirian era con pleno derecho para los padres y señores, no pudiendo tener bienes el que estaba en agena potestad, quisieron el requisito preciso, para que el ciudadano pudiese testar, que fuese padre de familias, y no sujeto á agena potestad.

*Esc.* Pero qué ¿entre los romanos los hijos de familias no podian tener bienes?

*Ab.* En los principios, y cuando el padre tenia derecho en la vida de los hijos, ningunos bienes podian tener ni adquirir; y aunque despues fue coartándose la potestad paternal, y concediendo á los hijos, ya la propiedad, ya el usufructo de algunos bienes, siempre se sostuvo el requisito para poder testar, de que el testador habia de ser padre de familias; por lo que aunque en los bienes castrenses y cuasi castrenses se les concedió el poder testar fue en el concepto de padres de familias, pues en ellos, asi como se les concedió el dominio, se les graduó como padres de familias; siendo en todos tiempos entre los romanos verdadera esta proposicion: el hijo de familias en concepto de tal no puede testar.

*Esc.* Ya sé que el tener ó no tener bienes no hace al caso para poder ó no testar, y asi el que el hijo de familias no tuviese bienes no me parecia suficiente causa para impedirle la *testamentifaction.*

*Ab.* La razon no era precisamente porque no tenia bienes, pues aun teniéndolos despues no pudo testar, sino que la falta de libre voluntad, y el estar sujeto á la del padre, se creyó justo motivo para impedirle el testar, como cosa

reservada á los que eran en todo de su derecho, ó dueños libres de sí y sus bienes.

*Esc.* ¿Y qué bienes son los que con el tiempo tuvieron, ó pudieron tener los hijos?

*Ab.* En el tiempo último de la jurisprudencia romana, y hoy, los bienes que los hijos adquieren se reducen á cuatro clases, unos se llaman profecticios, otros adventicios, otros castrenses, y otros cuasi castrenses. Bienes profecticios son los que el hijo adquiere con los del padre, ó por respeto del padre; adventicios son los que adquiere de su madre, parientes de su madre, ó de su industria; castrenses los que adquiere en la guerra; cuasi castrenses los que adquiere en la milicia togada.

*Esc.* ¿Y qué bienes de estos se adquieren para el padre, y cuáles para el hijo?

*Ab.* Los bienes profecticios se adquieren para el padre en propiedad y usufructo; los adventicios en propiedad para el hijo, pero el usufructo para el padre; y los castrenses y cuasi en propiedad y usufructo para el hijo.

*Esc.* ¿Y por derecho comun de los romanos el hijo de ningunos bienes podia testar?

*Ab.* Como hijo de familias nunca pudo testar; y si pudo testar de los bienes castrenses, y cuasi, fue porque se les consideraba tanto para su adquisicion como disposicion última por padres de familias, y con los privilegios de tales; y asi de los adventicios, cuya propiedad adquiria el hijo, como no se le dieron privilegios de padre de familias, nunca pudo testar. Lo que ha hecho nuestra ley 5 es dar facultad al hijo de familias para que pueda testar, lo mismo que si estuviere fuera de la patria potestad, corrigiendo en esto el derecho comun de los romanos.

*Esc.* Tengo entendida la ley, y no me ocurre que preguntar: vamos á la ley seis.

## LEY VI.

*Los ascendientes legítimos por su orden, y línea derecha, sucedan* ex testamento et abintestato *á sus descendientes, y le sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos, en todos sus bienes, de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar; pero bien permitimos, que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer cualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa cual quisieren: lo cual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.*



### COMENTARIO.

*Ab.* En esta ley se trata de las sucesiones de los ascendientes, y para su verdadera inteligencia conviene sepas que los jurisconsultos en las sucesiones abintestato hacen tres líneas: línea de descendientes, línea de ascendientes, y línea de colaterales; línea de descendientes la constituyen los que por línea recta descienden de los testadores, como hijos, nietos, y demas *usque in infinitum*; es decir, que si se diera el caso de que uno viviera novecientos años como Matusalen, los descendientes mas remotos, aunque distaran veinte ó treinta grados, serian preferidos por su orden y grado á las líneas de ascendientes y colaterales, aunque estuviesen estos en primer grado.

*Esc.* ¿Con qué la línea de descendientes es la preferida á las demas?

*Ab.* Sí, y siempre por todos derechos lo ha sido, y en el ínterin que haya alguno de ella no entra á la sucesion otra línea. Antiguamente habia diferencia de los hijos emancipados á los que estaban en la potestad para suceder al padre ó á la madre; mas hoy no hay diferencia de hijos y descendientes emancipados á los que están en la potestad, ni en que se trate de sucesion de padre ó de madre; de modo que los hijos legítimos, sean en la potestad ó no, y demas descendientes *in infinitum* por su orden y grado, son preferidos á los ascendientes y colaterales, sin que

pueda entrar ninguna de estas líneas hasta que falten todos los de la descendencia; y en tanto es preferida esta línea, que si un hijo ó descendiente legítimo entrase en religion, muerto su padre abintestato, el monasterio era preferido al padre del difunto: esto fue por derecho comun, y aun en el derecho nuestro de las Partidas; pero segun nuestras leyes del Fuero habia notable diferencia, lo que ha dado motivo en estos tiempos á la Real pragmática del año de 92 sobre las sucesiones abintestato de los religiosos y sus monasterios, en la que se manda no sucedan los religiosos ni sus monasterios en su representacion abintestato á los parientes de los profesos.

*Esc.* Quisiera saber esa Real pragmática.

*Ab.* Ahí la tienes, y á la letra dice así: "Don Cárlos »por la gracia de Dios, Rey de Castilla, de Leon &c. »Al Serenísimo Príncipe Don Fernando, mi muy caro y »amado hijo, á los Infantes, Prelados, Duques, Marque- »ses, Condes, Ricoshombres, Priores, Comendadores de »las Órdenes, y Subcomendadores, Alcaides de los Cas- »tillos, Casas-fuertes y llanas, y á los de mi Consejo, »Presidente y Oidores de las mis Audiencias, Alcaldes, »Alguaciles de la mi Casa y Corte y Chancillerías, y á »todos los Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcal- »des mayores y Ordinarios, y otros cualesquiera Jueces »y Justicias de estos mis Reinos, así de Realengo, como »de Señorío, Abadengo y Órdenes, de cualesquier estado, »condicion, calidad y preeminencias que sean, tanto á los »que ahora son, como á los que serán de aquí adelante, »y á cada uno y cualquiera de vos, sabed: Que en 12 »de Agosto de 1787 se remitió al Consejo de orden de mi »augusto Padre y Señor (que de Dios goce) para que »le consultase lo que se le ofreciere, y pareciere, un me- »morial de Don Francisco Javier Gomez Toston, vecino »del lugar de la Puebla Nueva, solicitando se mandase »llevar á efecto la última disposicion de José Dominguez »del Valle su primo, en cuanto á la fundacion de un »vínculo á su favor, sin embargo de las sentencias de vis- »ta y revista pronunciadas por mi Real Chancillería de



»Valladolid, por las que declaró tocar y corresponder los »bienes y herencia abintestato del José Dominguez á »Doña María de la Paz Dominguez del Valle, religiosa »en el monasterio de San Benito, orden del Císter, de la »villa de Talavera. Cumpliendo el mi Consejo con lo que »se le previno, precedido el informe de aquel tribunal, »con copia del memorial ajustado del pleito que se refe- »ria, y lo que en razon de todo espuso el mi fiscal, ma- »nifestó su parecer en consulta de 11 de agosto de 1788. »Y por real resolucion á ella se dignó mandar mi glo- »rioso padre, entre otras cosas, que mediante á que la »resolucion de este espediente podia causar regla para de- »clarar si los regulares profesos conviene que sucedan ó »no á sus parientes abintestato, no siendo ellos capaces por »sus personas, y faltando á los conventos la calidad de pa- »rientes, queria que el Consejo pleno con audiencia de los »fiscales, y del procurador general del reino, viese y exa- »minase este negocio y sus consecuencias, y consultase »lo que se le ofreciere y pareciere, proponiendo la ley de- »cretoria ó declaratoria que conviniese establecer. A este »fin acordó el mi Consejo se reuniesen todos los espedien- »tes que existian en él, reclamando los parientes las he- »rencias de los religiosos que las habian renunciado á sus »monasterios ó conventos, como así se hizo; y con esta ins- »truccion pasó al procurador general del reino y á mis »tres fiscales, que respectivamente espusieron cuanto cre- »yeron conveniente, y lo mismo ejecutó el mi Consejo en »consulta de 15 de julio del año próximo pasado, mani- »festando el orígen de los regulares ceñido á la sustancia »y al intento, lo dispuesto en las leyes de Partida, Fuero- »Juzgo y Autos acordados, lo determinado en los con- »cilios acerca de las herencias de los religiosos, y la suce- »sion á sus monasterios; y con atencion á todo me pro- »puso el dictámen que estimó correspondiente. Enterado »yo de los fundamentos de esta consulta, por mi real re- »solucion á ella he tenido por bien espedir esta mi carta »y pragmática-sancion en fuerza de ley, que quiero ten- »ga el mismo vigor que si fuese promulgada en Cortes:

„por la cual prohibo que los religiosos profesos de ambos „sexos sucedan á sus parientes abintestato, por ser tan „opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repug„nante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo „y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios „desde el instante que hacen los tres solemnes é indispen„sables votos sagrados de sus institutos, quedando por con„secuencia sin accion los conventos á los bienes de los pa„rientes de sus individuos con título de representacion ni „otro concepto; é igualmente prohibo á los tribunales y „justicias de estos mis reinos, que sobre este asunto ad„mitan, ni permitan admitir demandas, ni contestacion al„guna; pues por el hecho de verificarse la profesion del „religioso ó religiosa les declaro inhábiles á pedir ni de„ducir accion alguna sobre los bienes de sus parientes que „mueran abintestato, y lo mismo á sus monasterios ó con„ventos el reclamar en su nombre estas herencias, que de„ben recaer en los demas parientes capaces de adquirirlas, „y á quienes por derecho corresponda. Y para que lo con„tenido en esta mi pragmática-sancion tenga su pleno y „debido cumplimiento, mando á los del mi Consejo, Pre„sidente y Oidores de mis audiencias y chancillerías, y á „los demas jueces y justicias de estos mis reinos, vean „lo dispuesto en ella, y lo guarden y cumplan, y hagan „guardar y cumplir, sin contravenirlo ni permitir se contra„venga en manera alguna, sin embargo de cualesquiera le„yes, ordenanzas, estilo ó costumbre en contrario; pues „en cuanto á esto lo derogo y doy por ninguno, y quie„ro se esté y pase inviolablemente por lo que aquí va dis„puesto, precediendo publicarse en Madrid y en las demas „ciudades, villas y lugares de estos mis reinos en la forma „acostumbrada: que así es mi voluntad, y que al traslado „impreso de esta mi pragmática, firmado de Don Pedro Esco„lano de Arrieta, mi secretario, escribano de Cámara mas „antiguo y de gobierno del mi Consejo, se le dé la misma „fe y crédito que á su original. Dada en Madrid á 6 de „julio de mil setecientos noventa y dos.=YO EL REY."

*Esc.* ¿Y quiénes constituyen la línea de ascendientes?



*Ab.* Línea de ascendiente la constituyen los de quien por línea derecha desciende el testador, como padre, abuelo &c., la sucesion *ex testamento* y *abintestato*; de esta línea es la materia de nuestra ley 6.

*Esc.* ¿Y línea de colaterales cuál es?

*Ab.* Línea de colaterales (de que no trataremos en esta ley y sí en las siguientes) la constituyen los parientes del testador, que ni descienden de él, ni él desciende de ellos; pero ellos y él descienden de un mismo tronco ó ascendiente: y llámanse colaterales, porque ni estan por línea recta bajo de él descendiendo, ni sobre él ascendiendo, y sí estan á su lado como compañeros que descienden de tronco comun; y esta línea es la última de las tres en la sucesion abintestato.

*Esc.* Pues una vez que no hemos de tratar de la línea de los colaterales hasta que lleguemos á otras leyes, vamos á tratar de la línea de los ascendientes, que es la materia de esta ley sesta.

*Ab.* El asunto de esta ley es el tratar del modo cómo suceden los padres y demas ascendientes á sus hijos y descendientes legítimos, para lo que convendrá sepas que antiguamente entre los romanos los padres no sucedian á sus hijos que tenian en su potestad por derecho hereditario, sino que el padre entraba ocupando los bienes por derecho de peculio, y esto no solo era en el peculio ó bienes profecticios, sí tambien en el peculio adventicio, castrense, y casi castrense, no obstante que los hijos tenian de uno el usufruto, y de otro el pleno dominio.

*Esc.* ¿Y qué mas da el que el padre sucediese como heredero ó por derecho de peculio?

*Ab.* Era mucha la diferencia, pues en tiempo que el padre sucedia en los bienes del hijo que estaba en su potestad por derecho de peculio, era solo sucesor, y escluia á la madre; pero por derecho mas moderado de los romanos el padre sucedia al hijo por derecho hereditario, y asi sucede con la madre, y despues de los hijos descendientes, lo que no sucedia cuando ocupaba el padre los bienes por derecho de peculio.

*Esc.* ¿Con qué el que los padres sucedan á los hijos

por derecho hereditario y en defecto de descendientes legítimos, ya antes de nuestra ley de Toro estaba establecido en el derecho comun de los romanos?

*Ab.* Sí, ya por derecho de los romanos dejaron de suceder los padres á los hijos por derecho de peculio en los bienes en que los hijos tenian el dominio ó propiedad; y no solo fueron admitidas las madres con los padres á la sucesion de los hijos, sí que tambien en defecto de la madre ó padre el hermano de padre y madre del difunto sucedia por parte igual con su padre ó madre al difunto hermano.

*Esc.* Y hoy por nuestra ley de Toro ¿no sucederán los hermanos con el padre ó la madre?

*Ab.* Hoy en nuestra legislacion en defecto de hijos legítimos suceden igualmente el padre que la madre, sin que entre colateral alguno, aunque sea hermano, siempre que haya padres, abuelos ó ascendientes en línea recta; ni puede entrar la línea colateral á suceder, sino en defecto de las dos líneas de descendencia y ascendencia.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y se da representacion en la línea de los ascendientes, esto es, si el difunto tuviese abuelo paterno y madre, sucederá en la mitad el abuelo paterno representando al padre, ó solo la madre?

*Ab.* En la línea de los ascendientes no hay representacion; y asi solo la madre ó padre vivos suceden, escluyendo á los abuelos que son de grado mas remoto.

*Esc.* Con que no habiendo representacion, si concurren tres abuelos en igual grado, heredan por iguales partes todos tres?

*Ab.* No obstante de que no se dé representacion entre los ascendientes, y que el que es de grado mas cercano escluya á todos los otros de grado mas remoto, cuando concurren muchos ascendientes, v. g. los tres abuelos de igual grado á herederar al nieto, no se debe dividir la herencia por iguales partes, sino que el un abuelo de una línea sucederá en la mitad, y los dos de la otra en la otra mitad, sucediendo *in stirpem et non in capita*, que dicen los jurisconsultos. Está terminante la ley 4, vers. 13 de la Partida 6 en el caso.



*Esc.* Pues no tenemos que replicar habiendo ley terminante; y pregunto: una vez que los abuelos suceden al nieto *in stirpem* segun la citada ley, y no *in capita*: ¿cada estirpe llevará los bienes que sean adquiridos de ella, v. g. los abuelos paternos, lo que el nieto adquirió de su padre, y los maternos de su madre?

*Ab.* No asi: los ascendientes suceden igualmente sin distincion ni diferencia en los bienes adquiridos por una y otra línea, y hoy no deja duda nuestra ley de Toro, en que solo quiere haya esta diferencia en las villas y lugares, en donde segun el fuero de la tierra se acostumbre tornar los bienes al tronco de donde vinieron; con que en donde no haya tal costumbre y fuero de la tierra, lo contrario se ha de decir, esto es, que suceden los ascendientes á los descendientes, igualmente y sin distincion ni diferencia en que los bienes se hayan adquirido del padre ó de la madre.

*Esc.* Dígame vmd., ¿y quiénes son los otros que dice la ley que tengan derecho de los heredar?

*Ab.* El hijo natural legitimado por rescripto del príncipe ó por el siguiente matrimonio tiene derecho de heredar á su padre con preferencia á los ascendientes, y no el hijo ilegítimo si no es legitimado; pero á la madre aun los naturales no legitimados tienen derecho de heredarlas con preferencia á los ascendientes.

*Esc.* ¿Y podrá darse el caso en que haya otros que sin ser descendientes del difunto sean preferidos en la sucesion á los ascendientes?

*Ab.* Por derecho comun de los romanos el sustituto pupilar era preferido á la madre y abuelos.

*Esc.* No lo entiendo, póngame vmd. algun caso.

*Ab.* Cuando el padre deja hijos pupilos, esto es, menores de catorce años el varon, y de doce la hembra, como en esta edad si muriese no pueden testar, puede hacer por ellos testamento, dejándoles nombrado heredero para el caso de que mueran en la edad pupilar, lo que se llama sustitucion, porque el heredero sustituto lo es del padre testador y del hijo, caso de que muera en la edad pupilar; pues en caso de que el padre haya dejado un sus-

tituto estraño á su hijo pupilo, este sustituto entre los romanos era de mejor derecho que la madre del pupilo y los demas ascendientes; porque como el testamento era del padre, ni la madre, muger del testador, ni sus ascendientes tenian derecho á quejarse del testamento, ni habia accion alguna para romperle, en el caso de que muriese el hijo en la edad pupilar.

*Esc.* Eso era por el derecho comun de los romanos; pero hoy en nuestra España ¿serán preferidos los sustitutos pupilares á la madre?

*Ab.* No me hace fuerza la opinion de los autores que dicen que es preferido el sustituto pupilar: venero su autoridad en otras cosas; pero tratando de dar autoridad á las leyes romanas, no puedo convenir con su opinion: ellos no se han avergonzado de decidir, aun despues de nuestras leyes de Toro, que tan espresamente le niega la autoridad con arreglo al derecho romano; con que no será estraño que creyéndoles tan apasionados á las leyes romanas, á las que tan sin razon dan autoridad, se les gradúe de apasionados en los puntos y opiniones que no tienen otro fundamento que la autoridad de la ley romana, y las cavilaciones y escrupulosidades en que á veces la fundaban los romanos.

*Esc.* ¿Y en qué está la cavilosidad de derecho en el romano en el punto de la duda propuesta?

*Ab.* Ya los romanos, hechos cargo de la razon que habia para que la madre sucediese al hijo, la concedieron la queja de testamento inoficioso contra él, en que el hijo la preteriese ó desheredase sin causa, y como el padre era admitido á la sucesion abintestato del hijo; y no obstante la negaron la queja del testamento inoficioso cuando el padre testaba por el hijo pupilo; ¿pues no es una escrupulosidad que á la madre se haya concedido la herencia abintestato, y contra el testamento del hijo, y se dé facultad al padre para que haciendo testamento por el hijo la escluya? Entiendo muy bien la razon de derecho que habia para ello; pero era solo de mero derecho civil, y no verdadera y sólida razon: está muy bien que pasase asi entre los romanos, que quisieron seguir la escrupulosidad de su derecho; pero entre no-



sotros estando aquellas leyes destituidas de toda autoridad, ¿qué razon habrá para seguir aquel derecho? Nuestra ley sesta de Toro, que, digámoslo asi, aborrecia el derecho romano por romano, ¿cómo ha de querer por la espresion *ó otros que hayan derecho de heredarles* preferir al sustituto pupilar á la madre y demas ascendientes, si acaba de decir, *á no ser que tenga hijos ó descendientes legítimos*? y sigue *ó otros*: ¿qué duda tiene que estos otros son hijos ó descendientes, que aunque no legítimos tienen derecho de heredar á sus padres, cuales son los legitimados, y otros que segun nuestra jurisprudencia, aunque no sean hijos ni descendientes legítimos ni legitimados son preferidos en la sucesion de algunos bienes ó parte de ellos?

*Esc.* Póngame vmd. un egemplo, cómo otros que no sean hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados, puedan por nuestra jurisprudencia tener derecho de heredarles.

*Ab.* Un poseedor de un vínculo ó mayorazgo muere sin hijos: tiene hermano, y tiene madre ó padre, que no son llamados á la sucesion de mayorazgo: este hermano por nuestra jurisprudencia es preferido en la sucesion de los bienes amayorazgados al padre y á la madre, y tiene derecho forzoso de suceder á su hermano en el vínculo; y asi nuestra ley sesta, tratando de la sucesion de los ascendientes, dice que sucedan á sus descendientes en caso de que estos no tengan otros con derecho por nuestras leyes de heredarles: en fin llámales *ex testamento* y *abintestato*, siempre que no haya otros herederos forzosos, segun lo dispuesto en nuestras leyes: lo que menos se acordó la ley fue de los sustitutos pupilares, quienes solo en la opinion de los que han dado autoridad de leyes á las de los romanos, han tenido entrada á la sucesion del pupilo en perjuicio de la madre y ascendientes.

*Esc.* Yo me inclino á la opinion de vmd., á no ser que hubiese una ley de España que espresamente les diese derecho á suceder con preferencia á los ascendientes, porque á la verdad lo que uno no puede hacer por sí, tampoco lo puede hacer por otro: el hijo no puede escluir á la madre, con que el padre cuando testa por el hijo pupilo, ¿por

qué ha de poder escluir á la madre ni demas ascendientes. Y en sustancia no venia á ser mas que dar facultades al padre para que privase á la madre y ascendientes de un derecho forzoso que tenian á la herencia del descendiente en testamento y abintestato; y asi sigo la opinion de que el padre teniendo el hijo pupilo madre ó ascendiente no puede darle sustituto á un estraño.

*Ab.* Tú padeces equivocacion: no es lo mismo de que no suceda en perjuicio de la madre y ascendientes, á que no pueda dárseles: el padre se le puede dar, lo primero porque puede la madre ó ascendientes morir antes de que el pupilo salga de la edad pupilar, y en este caso sucede en todo el sustituto al pupilo: lo segundo, porque el hijo por nuestra ley de Toro puede disponer de la tercera parte á favor de estraños; con que el padre testando por el hijo, si muriese en la edad pupilar, podrá tambien disponer libremente de la tercera parte, pues la madre y ascendientes solo son herederos forzosos en testamento en las dos terceras partes.

*Esc.* Me doy por convencido, porque la madre y ascendientes solo podrán pedir su legítima, que son las dos partes.

*Ab.* Asi es lo cierto, como el que segun la razon y espíritu de nuestras leyes el padre no puede privar á la madre y ascendientes de la legítima parte de su difunto pupilo descendiente que muera en la pupilar edad.

*Esc.* Pregunto: supuesto que el padre y la madre suceden igualmente á sus hijos abintestato, ¿si estos estuviesen en su potestad, cómo le sucederán en los bienes adventicios?

*Ab.* Por derecho comun el padre aun muerto el hijo de familias queda dueño del usufruto de los bienes adventicios, y asi la sucesion era por iguales partes entre padre y madre en cuanto á la propiedad, pero no en cuanto al usufruto: en la sucesion en testamento no tenemos cuestion, supuesto de que el hijo de familias no podia testar sino de los bienes castrenses, y cuasi castrenses.

*Esc.* Y hoy que por la ley quinta de Toro el hijo de familias, siendo de edad legítima, puede testar lo mismo que si estuviese fuera de la potestad, y que segun la ley sesta que vmd. me va esplicando, los ascendientes por su orden y línea suceden abintestato á sus descendientes en todos sus bienes de cualquiera calidad que sean, dándoles facultad de disponer de la tercera parte á favor de su alma ó de estraños, pregunto: ¿en los bienes adventicios del hijo de familias se reservará el padre el usufruto, ó sucederán en él la madre por mitad abintestato, y en testamento el nombrado estraño en la tercera parte, y la madre en la mitad de las otras dos?



*Ab.* Soy de opinion que segun nuestra jurisprudencia el padre no debe reservarse el usufruto, y sí la parte que le toque, lo mismo que la madre ó el estraño en propiedad y usufruto. Voy á fundar mi opinion: hemos de suponer que cuanto digan las leyes romanas en este particular nada hacen al caso, supuesto de que carecen de autoridad en nuestra España, y indubitablemente despues de la publicacion de las leyes de Toro.

*Esc.* Lo supongo asi, y quiero oir á vmd. las razones en que se funda para escluir al padre del usufruto de los bienes adventicios despues de la muerte del hijo de familias.

*Ab.* La ley 48 de Toro dice asi: «Mandamos que de »aqui adelante el hijo ó hija casándose y velándose se haya »para sí el usufruto de todos los bienes adventicios, puesto »que sea vivo su padre; el cual sea obligado á se lo resti»tuir, sin le quedar parte del usufruto de ellos.»

La ley 47 de Toro dice que el hijo casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre: por derecho comun el padre que emancipaba á un hijo, por el beneficio de la emancipacion se quedaba con la mitad del usufruto de los bienes adventicios; y habiendo dicho en la ley 47 que el hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado, y no siendo esta emancipacion por voluntad ni beneficio del padre, y sí por el de la ley; y la siguiente 48 diga que nada retenga el padre del usufruto de los bienes adventicios, se viene en claro conocimiento que el usufruto que al padre se le concede de los bienes adven-

ticios, es por causa de la patria potestad, y solo por el tiempo que dura, supuesto que si retenia la mitad del hijo emancipado, era en recompensa del beneficio de la emancipacion, y que nuestra ley 48 de Toro (porque el hijo casado no es emancipado por la voluntad del padre) dice espresamente, que ninguna parte del usufruto detenga el padre en los bienes adventicios; de que se infiere que muerto el hijo de familias, como cesó la patria potestad y la obligacion de mantenerle, cesó el usufruto, y debe consolidarse con la propiedad, y mas cuando nuestra ley 6 de Toro espresamente dice, que los ascendientes por su orden y línea derecha sucedan *ex testamento* y *abintestato* á sus descendientes en todos sus bienes de cualquiera calidad que sean; yo no dudo que la calidad diversa de bienes no solo se ha de entender de si son muebles ó inmuebles, ó semovientes, sino tambien la de si adventicios, castrenses ó cuasi castrenses.

*Esc.* Me parece lo mismo que á vmd., y que convencen las razones.

*Ab.* Pues no obstante la fuerza de ellas, los que estan empeñados en dar autoridad entre nosotros á las leyes romanas, porque no dice la ley de Toro espresamente, que en los bienes adventicios de los hijos de familias sucedan por su orden, línea y grado, quieren que segun el derecho romano haya de quedarse el padre con el usufruto de los bienes adventicios, y que solo la propiedad se haya de dividir entre los interesados y llamados á la herencia, segun esta ley 6 de Toro; y no tienen por bastante el que la ley diga: en todos los bienes de cualquiera calidad que sean.

*Esc.* Buen empeño de autores que han de dar á las leyes romanas autoridad entre nosotros, estando tan terminante la ley primera de Toro, que aun caso que antes la hubiesen tenido se la quitaba, pues no quiere que los jueces decidan y juzguen por otras leyes que por las del reino.

*Ab.* Todo lo dicho en cuanto á suceder los ascendientes á los descendientes por su orden y línea abintestato, se entiende en donde no haya fuero ni costumbre de que los



bienes de la línea paterna se reserven para el padre, y los de la materna para la madre, en cuyo caso se ha de estar á la costumbre segun nuestra ley, y no han de ser iguales el padre y la madre en la sucesion de los tales bienes, sino que cada uno ha de llevar los adquiridos de aquella línea; y los adquiridos, no de la línea paterna ni materna, sino de otra parte se dividirán por iguales partes.

*Esc.* Pregunto: ¿y si muriese el descendiente con testamento será obligado á reservar á cada ascendiente los bienes adquiridos de su línea?

*Ab.* Eso segun sea el fuero y costumbre: si el fuero fuese solo en el caso de abintestato podrá el descendiente disponer segun esta ley 6 en testamento; pero si fuese en todo caso deberá atemperarse el testador á la ley del Fuero, y en donde no la hay á la ley 6 de Toro, pues esta quiere sea preferido el fuero á su disposicion general.

*Esc.* Pues yo anoche leí en cierto autor que la exencion de la ley 6 de Toro en las villas y lugares en donde hay fuero de la tierra que los bienes tornen al tronco, se entiende solo en la sucesion abintestato.

*Ab.* La ley de Toro en la exencion que hace no distingue: quiere que el fuero y costumbre de cada tierra en cuanto á volver los bienes al tronco sea preferida á la disposicion general que ella da para las sucesiones: con que si el fuero y costumbre fuese solo en las sucesiones abintestato en ellas se debe observar solamente, y si en las abintestato y de testamento igualmente se debe observar el fuero de la tierra.

*Esc.* No se me ofrece que preguntar mas en esta ley; con que podemos pasar á la siguiente.

## LEY VII.

*El hermano para heredar* abintestato *á su hermano no pueda concurrir con los padres ó ascendientes del difunto.*

COMENTARIO.

*Ab.* Por derecho comun de los romanos y por el de nuestras leyes de las Siete Partidas los hermanos del difunto, siéndolo de padre y madre, sucedian abintestato con los ascendientes por partes iguales. Nuestra ley 7 de Toro, queriendo sean siempre preferidos los ascendientes á los colaterales, escluyó la línea de los colaterales en concurso de la de ascedientes, corrigiendo en esta parte el derecho de las Partidas, que iba conforme con el de los romanos, y daba entrada á los hermanos en concurso con los ascendientes.

*Esc.* ¿Y los hermanos del difunto bastaba que fuesen de padre ó madre para entrar iguales con los ascendientes á la sucesion?

*Ab.* Habian de ser hermanos de padre y madre.

*Esc.* Y en testamento ¿qué disposiciones de derecho hay en orden á la sucesion de los hermanos?

*Ab.* La línea tercera de sucesion abintestato, que es de los colaterales, es comparada con los estraños para la sucesion *ex testamento*, y no tienen accion ni queja contra el testamento en que nada se les deje aunque sean hermanos de padre y madre. Vamos á la ley siguiente de Toro, en donde trataremos mas largamente de la sucesion de los colaterales.

## LEY VIII.

*Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios* abintestato *á sus tios* in stirpem *y no* in capita.

## COMENTARIO.

*Esc.* Ante todas cosas quiero entender bien ¿qué es eso de suceder *in stirpem*, y qué suceder *in capita*?

*Ab.* Se dice suceder *in stirpem* cuando se sucede representando á la estirpe ó tronco donde se desciende, de modo que se sucede no por su persona, sino en representacion de otra, y todos los que representan no forman mas que una persona representada por uno ó muchos; y se dice

| | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | Tercer<br>Abuelo<br>IIII. | Tercera<br>Abuela<br>IIII. | | | | |
| | | | IIII.<br>Herm.o de<br>Bisabuelo<br>V. | Bisabuelo.<br>III. | Bisabuela<br>III. | IIII.<br>Herm.o de<br>Bisabuela<br>V. | | | |
| | | IIII.<br>Hijos de<br>Herm.os de<br>Bisabuelo<br>VI. | III.<br>Hermano de<br>Abuelo.<br>IIII. | Abuelo<br>II. | Abuela<br>II. | III.<br>Herm.o de<br>Abuela<br>IIII. | IIII.<br>Hijos de<br>Herm.os de<br>Bisabuela<br>VI. | | |
| | IIII.<br>Nietos de<br>Herm.os de<br>Bisabuelo<br>VII. | III.<br>Hijos de<br>Herm.os de<br>Abuelo<br>V. | II.<br>Herm.o de<br>Padre<br>III. | Padre<br>I. | Madre<br>I. | II.<br>Herm.os de<br>Madre<br>III. | III.<br>Hijos de<br>Herm.os de<br>Abuela<br>V. | IIII.<br>Nietos de<br>Herm.os de<br>Bisabuela<br>VII. | |
| IIII.<br>Bizn.os de<br>Herm.os de<br>Bisabuelo<br>VIII. | III.<br>Nietos de<br>Herm.os de<br>Abuelo<br>VI. | II.<br>Hijos de<br>Herm.os de<br>Padre<br>IIII. | I.<br>Hermano<br>II. | Difunto ó Difunta. | | I.<br>Hermana<br>II. | II.<br>Hijos de<br>Herm.os de<br>Madre<br>IIII. | III.<br>Nietos de<br>Herm.os de<br>Abuela<br>VI. | IIII.<br>Bizniet.s de<br>Herm.os de<br>Bisabuela<br>VIII. |
| IIII.<br>Bizniet.s de<br>Herm.os de<br>Abuelo<br>VII. | III.<br>Nietos de<br>Herm.os de<br>Padre<br>V. | II.<br>Hijos de<br>Hermanos<br>III. | | Hijo I. | Hija I. | | II.<br>Hijos de<br>Hermanas<br>III. | III.<br>Nietos de<br>Herm.os de<br>Madre<br>V. | IIII.<br>Bizniet.s de<br>Herm.os de<br>Abuelo<br>VII. |
| IIII.<br>Bizniet.s de<br>Herm.os de<br>Padre<br>VI. | III.<br>Nietos de<br>Hermanos<br>IIII. | | | Nieto II. | Nieta II. | | | III.<br>Nietos de<br>Hermanas<br>IIII. | IIII.<br>Bizniet.s de<br>Herm.os de<br>Madre<br>VI. |
| IIII.<br>Bizniet.s de<br>Hermanos<br>V. | | | | Biznieto<br>III. | Biznieta<br>III. | | | | IIII.<br>Bizniet.s de<br>Hermanas<br>V. |
| | | | | Tercer<br>Nieto. | Tercera<br>Nieta. | | | | |

suceder *in capita* cuando cada cabeza ó individuo sucede por sí en su nombre, y forma un particionero.

*Esc.* Un ejemplo para mayor claridad.

*Ab.* Muerto Pedro, v. gr. deja un hermano y dos sobrinos hijos de otro hermano; si los sobrinos sucediesen con el tio *in capita*, esto es, cada uno por su persona, se haria la herencia tres partes iguales entre tio y sobrinos; pero sucediendo como suceden los sobrinos con su tio *in stirpem*, los dos sobrinos en representacion de su padre forman un particionero igual con su tio, lo mismo que si su padre, estirpe ó tronco de los dos hijos, y á quien representan, viviese.

*Esc.* Lo entiendo, y toda la letra de la ley 8 que veo habla de las sucesiones abintestato.

*Ab.* Ya te he dicho que las líneas de sucesion son: primera de descendientes, segunda de ascendientes, tercera de colaterales, esto es, abintestato, porque en testamento solo son herederos forzosos los de las dos líneas primeras. Hemos tratado de las dos primeras y preferidas líneas, y ahora en esta ley trataremos de la tercera, y para la inteligencia de los grados de cada una de las líneas tienes aqui formado este arbol que comprende solo hasta el cuarto grado en cada línea.

*Esc.* Venga ese arbol, con que mas fácilmente me podré imponer.

*Ab.* Con este árbol basta para la inteligencia, pues al paso que á cada uno de los que le componen le añadan descendencia, irá distando mas grados de aquel, de cuya sucesion se trata, que es el que se pone con el dictado de difunto.

*Esc.* ¿Para suceder *in stirpem* es forzoso sea representando los descendientes á su ascendiente y estirpe ó tronco donde proceden?

*Ab.* Asi es; pero mira que para representar él ó los descendientes á sus ascendientes es forzoso que el ascendiente representado haya muerto.

*Esc.* Eso ya lo supongo; pero pregunto, ¿hasta qué grados hay representacion en cada línea?

*Ab.* En la línea de descendientes, que son hijos, nietos, y los demas que bajan línea recta del difunto, se da representacion *in infinitum*; esto es, que no termina en este ni en otro descendiente el derecho de representacion. En la línea de los ascendientes, que son padre, abuelo y demas que suben línea recta del difunto, no hay representacion; y en la línea de colaterales, que son los que están á los lados del difunto en el árbol, se distingue: en los colaterales que suben no se da representacion, y en los que bajan solo se da hasta el tercer grado inclusive, esto es, hasta los hijos de los hermanos, que son los sobrinos.

*Esc.* Con que pasando de los sobrinos en la línea colateral que desciende, y todos los colaterales que suben, sucederán siempre *in capita* y no *in stirpem*.

*Ab.* Asi es lo cierto, porque para suceder *in stirpem* es forzoso sea representando á su estirpe ó tronco.

*Esc.* Pregunto: y si hubiese sobrinos, hijos de diversos hermanos, sin que haya descendientes, ascendientes ni hermanos, en cuyo caso estos sobrinos que estan en tercer grado, segun veo en el árbol, y son los mas próximos, ¿sucederán *in stirpem*, ó sucederán *in capita*? porque este caso no es el de la ley, que solo habla cuando vengan á suceder con sus tios.

*Ab.* Ha habido varias opiniones, y quien diga que se



debia recurrir al legislador para la declaratoria de este caso; mas yo con otros muchos no tengo duda de que la ley 8, como tú has dicho, no habla de él, con que no hablando debe regir la ley anterior del reino que trate de él; y hablando las leyes de las Partidas, y conformando la ley 5, tít. 13, Partida 6 con las del Fuero de las leyes, de que en el caso sucedan los sobrinos *in capita*, ninguna duda nos debe quedar, pues las que causen algunas leyes del derecho romano nada nos puede importar; y solo incomodarán para darlas interpretacion á los que se han empeñado en darlas autoridad entre nosotros.

*Esc.* Y dígame vmd. cuando el que muere *abintestato* deja hijos de hermanos, y tio hermano de su padre, que todos estan en tercer grado, ¿en este caso los hijos de hermano suceden *in stirpem* ó *in capita*?

*Ab.* Es constante que la representacion en los colaterales no se da en la línea que asciende ó de colaterales ascendientes, como el tio del difunto, y que se da entre los colaterales descendientes, como no pase de los hijos de los hermanos; con que representando estos á su padre, y siendo este de grado mas inmediato, esto es, del segundo, escluyen al tio del difunto que está en tercero, y suceden representando su estirpe ó padre, y escluyendo como escluyen al tio del difunto como de grado mas remoto; en cuyo concepto se puede decir que suceden *in stirpem*; pero como no concurren á suceder con los tios, sino entre sí, la division de la herencia se hará *in capita* ó por iguales partes.

*Esc.* Pregunto: y si el difunto dejase tio mayor que está en cuarto grado, y hijo de tio, esto es, primo hermano, que tambien está en cuarto grado, ¿quiénes deben ser preferidos?

*Ab.* Respondo, que los primos no suceden á sus primos representando á sus padres; y asi todos sucederán igualmente *in capita* por estarlo en cuarto grado.

*Esc.* ¿Con qué fuera de los hijos de hermanos en la línea colateral no hay representacion?

*Ab.* Es constante: y asi fuera de los hijos de hermanos

es preferido, y son preferidos á la sucesion él ó los que sean de grado mas próximo, y los que esten en igual grado suceden *in capita* y no *in stirpem*.

*Esc.* Pregunto: ¿y hasta qué grados llega el parentesco para suceder los parientes á sus parientes *abintestato*?

*Ab.* Para la inteligencia de las sucesiones de los colaterales, que es posterior á las de descendientes y ascendientes, es bueno que sepas la diferencia que habia antiguamente entre los agnados y los cognados.

*Esc.* ¿Y quiénes son los agnados y quiénes los cognados?

*Ab.* Agnados son los parientes por línea masculina, y cognados los parientes por línea femenina; y habia estas diferencias que los agnados eran de mejor derecho y preferidos á los cognados, que el parentesco de los agnados llegaba hasta el décimo grado, y de los cognados hasta el sesto; pero ya por el derecho de las Auténticas, aun entre los romanos cesó la diferencia de agnados y cognados; de modo que sin esta diferencia de agnacion y cognacion, el pariente en grado mas próximo sucedia *abintestato*; y solo se regula la proximidad mayor de parentesco, y con ella el cognado escluye al agnado de grado mas remoto.

*Esc.* ¿Hoy por nuestro derecho patrio hay diferencia de agnados y cognados?

*Ab.* No; y asi suceden los parientes colaterales segun la proximidad del parentesco, sean agnados ó sean cognados.

*Esc.* ¿Pero hasta qué grado suceden, porque no creo que la sucesion de los colaterales sea *usque in infinitum* como la de los descendientes y ascendientes?

*Ab.* Es cierto que aunque nuestro derecho patrio, por el que la sucesion de las líneas de descendientes y ascendientes no se termina con el grado mas remoto de parentesco, que es lo que se quiere decir con la espresion de *in infinitum*, la de la línea de los colaterales se terminaba al décimo grado, y pasado de él ya no se regulan parientes para suceder *abintestato*. Está terminante la ley 6 de la Partida 6, tít. 13; pero con alguna falta de coreccion ó equivocacion de imprenta, porque donde habia de decir deceno grado dice doceno.



*Esc.* ¿Con qué saliendo del décimo grado ya no hay sucesion, y hasta él suceden sin diferencia los colaterales, sean agnados ó cognados?

*Ab.* Asi es, lo mismo por el derecho pátrio de las Partidas que por el comun de los romanos mas moderno, que se llama de las Auténticas, y por uno y otro derecho has de saber, que aunque todos los que se hallan en igual grado con el difunto suceden igualmente en la herencia, se entiende esto cuando no hay mayor cualidad y conjuncion, porque si en uno de igual grado concurriese mayor parentesco será, y efectivamente es preferido. La ley 5, tít. 13, Partida 6 está terminante.

*Esc.* ¿Y cómo puede suceder el que uno sea pariente en el mismo grado, y que tenga cualidad de mayor parentesco?

*Ab.* V. gr. dos hermanos, ambos están en segundo grado; pero supon que uno es de padre y madre, y el otro solo de padre ó de madre, como que tiene cualidad de menor parentesco, aunque mas proximo que los hijos del hermano de padre y madre ya difunto, estos son preferidos al que lo es solo de padre ó de madre. Es terminante de la ley citada de la Partida; y la razon es por el derecho de representacion que tienen los hijos de los hermanos.

*Esc.* Con que de ese modo no dándose, como no se da, representacion en los colaterales fuera de los hijos de los hermanos, ¿el de mejor grado aunque de menos cualidad será preferido?

*Ab.* Asi es; porque el grado mas inmediato es el preferido, y los que están en grado mas remoto, aunque sean de mayor cualidad, no tienen entrada: los hijos de los hermanos, aunque fuesen de padre y madre, si no gozasen del privilegio de representacion para suceder con sus tios, serian escluidos en concurso de estos, aunque fuesen hermanos solo de padre ó madre del difunto, por el grado que gozan mas inmediato; pero como suceden representando la persona de su padre, ocupando su lugar y grado, como sus padres á quienes representan, no solo tienen igual grado que sus tios y hermanos del difunto, solo de padre ó

madre, sino que ademas tienen la mayor cualidad de conjuncion, y les escluye como les escluiria su padre si viviese.

*Esc.* Me parece lo entiendo, y pregunto: si concurriesen dos hermanos, uno de parte de padre y otro de parte de madre, ¿quién seria preferido?

*Ab.* Hay ley de la Partida, que es la 6, tít. 13 de la Partida 6 terminante en el caso de la pregunta: y segun ella, sin que haya otra mas moderna en contrario, cada hermano sucede *abintestato* en los bienes habidos de su línea, el de madre en los habidos por la materna, y el hermano de padre en los de la paterna, y los por otra parte adquiridos se parten por iguales partes.

*Esc.* Y caso de que no haya pariente dentro del décimo grado ¿quién sucede abintestato?

*Ab.* Suceden el marido á la muger, y la muger al marido, lo mismo por derecho de los romanos, que segun nuestro derecho de las Partidas. La ley 6, tít. 13, Partida 6.

*Esc.* Sin duda que las leyes poca consideracion han tenido al parentesco de afinidad contraida entre marido y muger para la sucesion *abintestato*, pues les ponen despues de los diez grados de consanguinidad.

*Ab.* Soy de tu mismo modo de pensar en esta parte; pero quiero sepas que segun una Auténtica, que es el derecho de los romanos mas moderno, y nuestras leyes de Partida, la 7, tít. 1, Part. 3, cuando la muger es rica y pobre el marido, sucede este en la cuarta parte de los bienes, que se llaman cuarta maridal. Lo que dijimos de la sucesion á falta de parientes, de marido á muger, y muger á marido, no solo se ha de entender de muger velada y casada, sino tambien aunque sea solo esposa de presente, pero no entre los esposos de futuro; tambien sucederán entre sí marido y muger aun en concurso de ascendientes y colaterales, cuando estos tengan alguna prohibicion por las leyes de suceder al difunto.

*Esc.* ¿Y quiénes son los ascendientes y colaterales que tienen prohibicion de suceder á sus descendientes y colaterales?



*Ab.* Los hijos de clérigos y monjas, y todos los que se llaman de damnable y punible ayuntamiento, de los que hablaremos en las leyes siguientes.

*Esc.* Bien: pues si en las leyes siguientes se trata de los que no pueden suceder á sus parientes, llegando á ellas me instruiré: ¿y es necesario algun requisito para la sucesion *abintestato* de marido á muger, ó de muger á marido, mas que el ser verdaderos y legítimos esposos de presente?

*Ab.* Es necesario que el matrimonio, vida maridable y concorde dure hasta la muerte; esto es, que no se hayan divorciado, porque en este caso aquel por cuya culpa haya sucedido el divorcio no sucede al otro cónyuge *abintestato*, ni se suceden entre sí en caso de que ambos hayan dado causa, ó no conste el que solo uno la haya dado.

*Esc.* Y en defecto de parientes, y marido ó muger respective, ¿quién sucede *abintestato*?

*Ab.* El fisco: este derecho del fisco ha correspondido á la Cruzada, computándose los *abintestatos* como bienes mostrencos; pero hoy modernamente están destinados los bienes vacantes y mostrencos á las obras de caminos.

*Esc.* ¿Con qué en defecto de pariente dentro de décimo grado es cuando se sucede en los bienes como mostrencos?

*Ab.* Los bienes *abintestato*, á falta de pariente, dentro del cuarto grado, por la ley 9, tit. 10, lib. 1 de la Recopilacion correspondieron á la Cruzada, y hoy por la nueva instruccion de mostrencos á caminos; pero es preciso que sepas que este cuarto grado se entiende segun el cómputo canónico; y cuarto grado canónico viene á ser octavo en el cómputo civil de los romanos, y los mismos dentro de los que está prohibido contraer el matrimonio, y tambien que la instruccion de mostrencos es del año de 1786 que tendrás en el oficio de ayuntamiento.

## LEY IX.

*Los hijos bastardos ilegítimos, de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres* ex testamento, *ni* abin-

testato, *en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su alma; y no mas, ni aliende. Y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos, que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espúrios, por su orden y grado le sean herederos legítimos* ex testamento *y* abintestato : *salvo si los tales hijos fueren de damnado y punible ayuntamiento de parte de la madre; que en tal caso mandamos no puedan heredar á sus madres* ex testamento *ni* abintestato: *pero bieu permitimos, que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de lo que podian disponer por su alma. Y de la tal parte, despues que la obieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos, que entonces se entienda y diga damnado y punible ayuntamiento cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural: salvo si fueren los hijos de clérigos ó frailes ó freiles, ó de monjas profesas; que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte; mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el Primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos.*

## COMENTARIO.

*Ab.* En esta ley se trata de la sucesion *ex testamento* y *abintestato* de los hijos ilegítimos á los bienes y herencias de sus madres.

*Esc.* ¿Quiénes son hijos bastardos é ilegítimos?

*Ab.* Todos los que no son de legítimo matrimonio, comprendiéndose en el nombre general de ilegítimo todo hijo habido fuera de matrimonio, sea adulterino, ó de cualquier junta ó ayuntamiento prohibido.

*Esc.* ¿Y en cuanto á la sucesion de las madres hay diferencia entre unos y otros hijos ilegítimos?



*Ab.* No hay mas diferencia que ó son de damnable y punible ayuntamiento de parte de la madre, ó no lo son; y los que no lo son, ó son hijos de clérigos, monjas profesas, ó personas consagradas á Dios en religion aprobada, ó no: por regla general todo hijo ilegítimo no puede suceder á la madre ni *ex testamento*, ni *abintestato*, teniendo hijos ó descendientes legítimos.

*Esc.* ¿Con qué habiendo nietos ya no pueden suceder los ilegítimos?

*Ab.* Ni suceder *abintestato*, ni *ex testamento*; ni las madres puedan dejarles mas que el quinto de sus bienes, como podian dejarlo á los estraños.

*Esc.* ¿Con qué no teniendo hijos ni descendientes legítimos podrán dejarles herederos?

*Ab.* No solo podrán dejarles, sino que son herederos forzosos *ex testamento* y *abintestato* aun cuando tengan las madres padres ó ascendientes legítimos, á no ser que sean de damnable y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en este caso ni son herederos *abintestato*, ni les pueden dejar herederos mas que en el quinto de sus bienes; en cuya parte despues que la heredaren son dueños para poder disponer libremente en vida ó en muerte.

*Esc.* Ya entiendo, pues lo dice la ley, quiénes son los de damnable y punible ayuntamiento, que son los concebidos del ayuntamiento, por el que la madre incurre en la pena de muerte natural; y pregunto: ¿qué diferencia hay entre los hijos nacidos de damnable y punible ayuntamiento á los de clérigos, monjas, frailes &c.?

*Ab.* Que los hijos de damnable y punible ayuntamiento pueden ser instituidos por la madre en el quinto de sus bienes, y los de curas, frailes &c. no; pues hablando nuestra ley de la sucesion de la madre, y queriendo se observe lo que la ley del Ordenamiento, hecha en Soria por Don Juan el Primero, establece; siendo por ella escluidos de suceder á sus padres *ex testamento* y *abintestato*, y por otros contratos entre vivos, síguese que son escluidos de suceder á la madre del mismo modo.

*Esc.* ¿Con qué ni por razon de alimentos podrá la ma-

dre dejar cosa alguna al hijo de clérigo, fraile &c.

*Ab.* En cuanto á los alimentos no habla la ley: estos son debidos por derecho natural, y mas por la madre, de cuya maternidad no puede haber duda; y así no solo puede, sino que es obligada á dar alimentos al hijo.

*Esc.* ¿Pues de ese modo por razon de alimentos le podrá dejar el quinto?

*Ab.* No: porque el quinto puede ser mas ó menos; y los alimentos solo se deben al necesitado; y así estas dos proposiciones son verdaderas; los padres tienen obligacion á dar alimentos á los hijos que los necesitan, aunque sean de clérigos y frailes, y tambien esta: á los hijos de clérigos, ni aun con pretesto de alimentos se les puede dejar el quinto por sus padres: es cierto que las mas de las veces será necesario todo el quinto para los alimentos; pero esto es *per accidens*, y no *per se*.

*Esc.* Con que si fuese necesario para los alimentos mas del quinto, ¿podrán los padres á los hijos de clérigos ó monjas &c. dejarles mas que el quinto?

*Ab.* No señor: la ley no permite mas que dejar el quinto á los que hay obligacion á dar alimentos: por razon de la tal obligacion esta ley tasa lo sumo que se les puede dar; pero como á los hijos de los clérigos les está prohibido el recibir cosa alguna de sus padres, aunque les comprende esta ley de la tasa de alimentos para no esceder de ella, nunca les da la facultad de dejarles, si escediese de los alimentos como á los demas ilegítimos, y aun de damnable y punible ayuntamiento de parte de la madre, que espresamente se le permite á ésta poder dejarles la quinta parte que podian dejar á un estraño.

*Esc.* No lo acabo de entender bien.

*Ab.* Atiende. Todo padre tiene obligacion de alimentar á su hijo necesitado: á la madre respecto de los hijos ilegítimos que no sean de clérigos ó monjas se la permite dejarles como á otro cualquiera estraño el quinto: con que esceda ó no de los alimentos, y tenga el hijo ó no necesidad de ellos siempre la madre les puede dejar el quinto como á los estraños podia: al hijo de persona consagrada á



Dios en religion aprobada, ó por el sacro orden, se le prohibe que pueda recibir de sus padres cosa alguna; pero no se les exime de la obligacion natural de alimentarles estando necesitados: con que si esta faltase, ó por la riqueza del hijo, ó por otro accidente, ó fuese bastante para los alimentos menor cantidad, no se les puede dejar el quinto en este ultimo caso, y en los de riqueza ni una levísima manda.

*Esc.* ¿Con qué bien decia yo que si mas del quinto fuese necesario para alimentos, mas se les deberá dar, y si menos menos?

*Ab.* No: hay una ley que tasa al quinto la cantidad de que no pueda escederse el padre que debe alimentos, que es la ley de Toro siguiente: y esta ley, como tasativa en general, para evitar que con pretestos de alimentos los hijos ilegítimos perjudiquen á los demas herederos, no incluye la facultad de dejar el quinto á los hijos de clérigos &c., que por otros justos motivos esta ley y la del Señor Don Juan el Primero hecha en Soria prohiben que puedan recibir cosa alguna de sus padres.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo la ley escluye al hijo de lo que por derecho natural se le debe, cuáles son los alimentos en caso de que el quinto no alcance?

*Ab.* No: la ley en general prohibe que á pretesto de alimentos se pueda dejar mas del quinto; pero ni quita al padre que le deje los alimentos por el tiempo que los necesite, ni al hijo el pedirlos no llevando el quinto.

*Esc.* Yo á la verdad no lo entiendo.

*Ab.* Sabia muy bien el legislador la obligacion de alimentar á los hijos; pero quiso evitar los fraudes que con este pretesto pueda haber en perjuicio de los legítimos herederos contra el fin de la ley, que escluye á los ilegítimos de la herencia de su padre, y así tasa á que no se esceda con este pretesto del quinto; pero no impide el que los padres sin dejar cosa determinada á los hijos ilegítimos, les dejen los alimentos por los años que de derecho natural se les deban; y así un padre puede dejar mandado, sin mandar cosa alguna en particular, que al hijo ilegítimo se le

den los alimentos segun sus circunstancias y clase por los herederos; y el hijo puede tambien, renunciando la parte que el padre ó madre le haya dejado, pedir se le den alimentos por el tiempo que de derecho natural le eran debidos por el padre si viviese.

*Esc.* ¿Y si toda la herencia fuese tan corta que fuese necesaria para los alimentos precisos?

*Ab.* En este caso si no hay herederos forzosos se le deben dar los alimentos; pero si los hubiese, nunca podrán *ser perjudicados en sus legítimas, y se les dará solo el quinto si hubiese descendientes legítimos*, pues estos no han de dar alimentos al ilegítimo á cuenta de sus legítimas; pero despues de las legítimas son los alimentos de los ilegítimos preferidos á los herederos.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y la prohibicion á las madres de dejar á los hijos bastardos en la forma que dice la ley que vmd. me va esplicando comprende á los nietos legítimos hijos de los hijos bastardos?

*Ab.* No: la ley es penal en la parte que les hace de peor condicion que los estraños, y así no se debe estender á mas de lo que comprende; y no comprendiendo mas que á los hijos no se debe estender á los nietos hijos de aquellos; por lo que si los hijos bastardos fuesen de damnable y punible ayuntamiento, ó hijos de clérigos, frailes &c., los nietos de éstos estarán en lugar de estraños para poder dejarles lo que se pudiera dejar á los estraños; pero si fuesen los demas ilegítimos, así como los hijos son herederos *ex testamento* y *abintestato*, en defecto de legítimos descendientes con prelacion á los ascendientes, así los nietos y descendientes de estos. Es espreso el caso de la ley que vamos esplicando.

*Esc.* Y en concurso de ascendientes los nietos de hijos de damnable y punible ayuntamiento, y los de clérigos, frailes &c., ¿serán preferidos en la sucesion *abintestato* y *ex testamento* de sus abuelos?

*Ab.* Cuestion es dudosa, y mas en nuestro derecho por no haber decision; pero yo opino que son preferidos los ascendientes legítimos, y que solo se les deberán los alimentos



*ex testamento* y *abintestato*, y podrán dejarles el tercio de los bienes. Es la razon segun nuestra ley 6 de Toro los ascendientes legítimos por su órden, línea y grado suceden á los descendientes *ex testamento* y *abintestato*, caso de que no tengan hijos ó descendientes legítimos; esta ley la limita la 9 que vamos esplicando, en la madre para los hijos, como no sean de damnable y punible ayuntamiento, ó hijos de clérigos, frailes &c., con que no hablándose de los nietos de estos, y concediendo la ley 6 la sucesion á los ascendientes legítimos con antelacion á los descendientes ilegítimos, sacamos de que deben ser preferidos á los nietos de hijos, que aun respecto de la madre son escluidos de la sucesion de sus bienes; y aunque dijeses que en la prohibicion no son comprendidos los nietos, tampoco son preferidos á los legítimos ascendientes, á quienes generalmente prefiere la ley 6 á todos los descendientes ilegítimos; y así digo soy de opinion que aunque la ley 9 en la prohibicion en que les hace á los hijos de damnable ayuntamiento y de clérigos, de peor condicion que los estraños, como odiosa no comprenda á los nietos hijos de estos, y por lo mismo puedan ser instituidos como estraños, y aun de mejor derecho; no de mejor que los legítimos ascendientes, que por la ley 6 son herederos forzosos *ex testamento* y *abintestato*; pero como la citada ley 6 permita á los testadores, que puedan disponer del tercio de sus bienes, dije, y vuelvo á decir, que pueden ser instituidos en el tercio los nietos de los hijos que por esta ley 9 están prohibidos suceder á sus madres; y *abintestato* solo serán obligados los ascendientes legítimos á prestarles los alimentos, por debérseles de derecho natural sin perjuicio de sus legítimas: otros opinarán de otro modo, y tú seguirás la opinion que mejor te parezca.

*Esc.* ¿Y cuál puede ser el fundamento de la opinion contraria?

*Ab.* Otros dirán que esta ley prefiere á los hijos y descendientes ilegítimos, á los legítimos ascendientes en la sucesion de la madre, á escepcion de los hijos de damnable y punible ayuntamiento, y de clérigos, frailes &c.: y que

no comprende á los nietos hijos de éstos; con que si en lo que tiene de prohibicion como odiosa no se ha de estender á ellos, en nada se debe estender, y así que deben suceder *ex testamento* y *abintestato* á sus abuelas aunque éstas tengan ascendientes legítimos.

*Esc.* A la verdad que no sé á que opinion me incline.

*Ab.* A mí tambien me hace fuerza; y aunque me inclino algo mas á la otra opinion, si me hallase de juez, para sentenciar puede que solicitase del Rey la decision del caso con la declaratoria de las dos leyes 6 y 9 en el particular que no tratan expresamente, porque el valernos del derecho y leyes de los romanos para sacar de ellas la resolucion de este caso, no lo haria por ser contra la expresa decision de la ley 1 de Toro.

*Esc.* Pregunto: y si no tuviese la madre ascendientes, y sí colaterales, ¿el nieto del hijo de clérigo ó fraile &c. y el de damnable y punible ayuntamiento seria preferido á los colaterales *abintestato*?

*Ab.* Juzgo gran diferencia entre ascendientes y colaterales: esta línea es escluida habiendo alguno de las dos anteriores: la ley 6, que prefiere á los ascendientes legítimos, no lo hace de los colaterales, y la 9 que escluye á los hijos de clérigos, frailes &c., y los de damnable y punible ayuntamiento, no habla espresamente de los nietos de hijos de estos, con que opino por la preferencia *abintestato* de los nietos respecto de los colaterales.

*Esc.* ¿Y sucederán como forzosos *ex testamento* los citados nietos á sus abuelas?

*Ab.* Opino que sí: la razon: suponemos que la ley 9 no comprende espresamente á los nietos, y como odiosa no se ha de estender á ellos, y así que les pueden instituir en defecto de hijos y ascendientes legítimos; con que tambien deben tener obligacion de instituirles, porque de lo contrario sacariamos que las abuelas reportarian utilidad de su delito, quedando á su arbitrio y voluntad el instituir ó no á los nietos de los hijos que no pueden instituir herederos.

*Esc.* Pregunto: si estos hijos de damnable y punible



ayuntamiento (muertas sus madres ó padres) ó hijos de clérigos, frailes &c., hubiesen de suceder abintestato á sus tios, concurrirán con los otros tios *in stirpem*, como dice la ley VIII, ó serán escluidos?

*Ab.* Son escluidos: la razon, para suceder los sobrinos con sus tios han de representar la persona de sus padres, como herederos y en lugar de ellos, es asi que no pueden suceder segun esta ley IX sus padres, con que no pueden entrar con los tios legítimos, ni aun con los primos que estan en igual grado, porque siendo todos colaterales, siempre los legítimos son preferidos á los ilegítimos.

*Esc.* Pregunto: y si los padres dejasen instituidos á los hijos de damnable y punible ayuntamiento, y demas que por las leyes se les prohibe, ¿quién sucederá en estos bienes en defecto de herederos forzosos?

*Ab.* Los herederos *abintestato* colaterales, por su orden, línea y grado, quedando solo en la obligacion de darles alimentos cuando los necesiten, aunque escedan del quinto, porque no se podrán eximir de esta obligacion natural del difunto á quien heredan con decir que no alcanza el quinto para ellos.

*Esc.* Pues yo habia oido decir que el fisco.

*Ab.* Eso es cuando al heredero nombrado se le ha dejado fideicomisario para que despues restituya la herencia ó parte de ella al hijo que está prohibido suceder por la ley, y el tal heredero ha convenido espresa ó tácitamente con el difunto á que restituirá lo que se le manda al hijo ilegítimo que no puede suceder; porque al heredero en pena del fraude que hacia ó quiso hacer á la ley se le priva de la herencia y se confisca.

*Esc.* ¿Con que para que corresponda la herencia al fisco ha de haber fraude de parte del heredero nombrado?

*Ab.* Asi es lo cierto: y por lo mismo aunque el testador deje la herencia á uno con el encargo de que en fraude de esta ley dé al hijo alguna cosa, si el heredero ni ofreció al testador cumplir su voluntad, ni con efecto la ha cumplido en lo que es contrario á la ley, nada corresponderá al fisco, y asi es heredero el instituido, sin que este

tenga que cumplir con la voluntad del testador; pero si el heredero instituido ó cumplió con la voluntad del testador, contraria á la ley, ó aunque no cumpliese, ofreció que cumpliria, el fisco sucede en el todo ó en la parte de la herencia que se hubiese dejado á la fe del heredero para restituir al hijo prohibido suceder.

*Esc.* ¿Y qué no habrá un medio seguro para que los padres, ademas de los alimentos, pudiesen dejar algo á sus hijos, á quienes las leyes prohiben sucederles?

*Ab.* Algunos parece que se han puesto de estudio á discurrirle; pero á la verdad es cosa estraña que tratando de entender é interpretar la ley para su debida observancia, se pongan á meditar el medio de eludir la misma ley, cuya inteligencia buscan para su cumplimiento: yo lo que aconsejaria á cualquiera padre seria el que se atemperase á la ley, y no discurriese medios de eludirla, que seria solo para dejar pleitos á los sucesores; y asi, que lo mejor seria nombrase heredero, si no tenia forzoso, á quien gustase, y de quien hubiese satisfaccion, y á este ó al heredero forzoso, caso de tenerle, les gravará espresamente (que esto no es prohibido) con que diesen alimentos al hijo, sin señalar ni quinto, ni cantidad determinada; y sí solo con la espresion de todo lo que á arbitrio prudente necesite para sus alimentos.

*Esc.* Pregunto: si el hijo tuviese hijos, y á estos se les instituyese en defecto de herederos forzosos, ¿tendrá el padre hijo del testador y de damnable ayuntamiento el usufruto de lo que su hijo hubiese heredado de sus abuelos, á quienes él no pudo heredar?

*Ab.* No; y asi propiedad y usufruto será para el nieto del testador, como le tienen los hijos de familias en los bienes castrenses y cuasi castrenses.

*Esc.* ¿Y si el hijo de clérigo, fraile &c., estuviese casado, podrán los padres instituir herederos á sus consortes, mugeres ó maridos respective de los hijos ó hijas?

*Ab.* Sí que pueden los consortes ser instituidos herederos como cualquiera estraño, y en los casos que los estraños lo pueden ser: la razon es porque no hay prohibicion alguna que los escluya de poder suceder como otro cualesquiera estraño.



*Esc.* Con que en caso de que el de damnable y punible ayuntamiento fuese hijo, y se dejase heredera á su muger, ¿no adquiriria el marido el usufruto de ellos, asi como no adquiriria el usufruto si un hijo suyo nieto del testador fuese heredero?

*Ab.* Hay mucha diferencia de un caso al otro; aunque en los bienes adventicios del hijo tenga el usufruto el padre puede ser privado de él, no solo por la ley, sí tambien por el testador que deja al hijo los bienes: su adquisicion es por causa lucrativa; y asi hallándose prohibido de suceder en los bienes de su padre, si estos vienen á nieto de aquel su hijo, este nieto adquiriria los bienes adventicios en propiedad y usufruto, y no su padre: en el matrimonio sucede lo contrario, pues ademas de ser la causa onerosa, y el usufruto concedido para sostener las cargas del matrimonio, ni está en el arbitrio del que da á la muger privar al marido del usufruto, ni la ley le prohibe el de los bienes de la muger con quien tiene compañía, y de quien disuelto el matrimonio son la mitad de todos los bienes gananciales; y seria cosa dura, no habiendo ley que lo mande, que á la muger la diésemos mitad de gananciales de los bienes del marido y su industria, y se la reservasen todos, y todos los frutos de los adquiridos de herencia de sus padres políticos, estendiendo la ley penal, que escluye á los hijos, á que perdiesen el usufruto cuando fuesen de sus consortes.

*Esc.* Quedo satisfecho, y podemos pasar á otra ley.

## LEY X.

*Mandamos que en el caso que el padre ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no le puedan mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podian disponer por su alma; y por causa de los dichos alimentos no sea capaz el tal hijo ilegítimo: de la cual parte, despues que la oviere el tal hijo, pueda en su vida ó en su muerte facer lo que quisiere, ó por bien tuvie-*

*re. Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos; mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Esa ley, que por razon de alimentos, en caso de que los padres y las madres sean obligados á darlos á sus hijos ilegítimos, dice no puedan esceder del quinto, ya en parte va esplicada; y dije y vuelvo á decir, que esta ley tasa el quinto para evitar el fraude que pueda haber contra las leyes á pretesto de alimentos; pero no exime á los padres de la obligacion de alimentar á los hijos necesitados que el derecho natural les impone: y asi dije que los padres y madres pueden y deben, cuando el quinto no alcance á los alimentos (sin señalar cantidad ni parte de herencia), dejar á los herederos gravados con que presten los necesarios, y el tiempo solo que le son obligados los padres á darles á sus hijos ilegítimos, y que estos, renunciando de la manda ó quinto de los padres, pueden pedir á los herederos les den alimentos el tiempo que les necesiten, y en que los padres, si vivieran, serian obligados á los alimentar por derecho natural; pero sin perjuicio de sus legítimas si fueren herederos forzosos.

*Esc.* ¿Y qué tiempo y cuándo los padres son por derecho natural obligados alimentar á los hijos?

*Ab.* Siempre que los hijos no lo puedan ganar, ni tengan con que comer; y asi cesa la rigurosa obligacion natural si los hijos tuviesen de suyo por alguna otra parte, ó cuando esten sanos y robustos y en disposicion de ganarlo; y la cantidad de los alimentos será segun las circunstancias del pais y haberes del padre.

*Esc.* Con que en los casos que la ley permite dejar á los hijos ilegítimos el quinto, y el hijo se contentase con él, ¿podrá libremente disponer del quinto á su arbitrio?

*Ab.* Asi lo dice espresamente esta ley X de Toro; y sigue diciendo, que si el hijo fuese natural, podrá el padre



en falta de descendientes legítimos, aunque tenga padre, dejarle lo que quiera.

*Esc.* ¿Con qué hay diferencia en cuanto á la sucesion de los hijos ilegítimos respecto de la madre, ó respecto del padre?

*Ab.* Y mucha: todos los hijos ilegítimos que no sean de damnable y punible ayuntamiento, ó de clérigos, frailes &c., suceden á la madre *ex testamento* y *abintestato* en defecto de hijos legítimos, y son herederos forzosos, y no asi al padre; la razon de diferencia está en que los hijos respecto de la madre son ciertos, y no respecto del padre; y por lo mismo para que sucedan á los padres, y estos puedan dejarles herederos con privacion á los ascendientes legítimos (como pueden las madres), es preciso que los hijos sean naturales y reconocidos por tales, en cuyo caso les podrán instituir herederos con preferencia á sus legítimos ascendientes.

*Esc.* ¿Y qué mas diferencia hay?

*Ab.* Que los hijos ilegítimos pueden quejar de inoficioso el testamento de la madre, en que á falta de descendientes legítimos no les ha instituido, y no asi del padre, aunque no tengan herederos forzosos: que á la madre la sucedan abintestato en defecto de descendientes legítimos, y al padre no; y que para que les puedan instituir en concurso de los ascendientes, es preciso que los ilegítimos sean naturales y reconocidos, como dice la ley siguiente XI de Toro; y la madre puede y debe aunque sean espúreos, como no sean de damnable y punible ayuntamiento, ó de clérigos &c.

*Esc.* Con que no imponiéndose á la madre la pena de muerte natural, tanto para suceder á las madres como á los padres, ¿se regularán por hijos naturales?

*Ab.* No es preciso que á la madre se la imponga la pena de muerte natural; basta el que por las leyes del reino la madre por el tal ayuntamiento haya incurrido en ella.

*Esc.* Y al nieto natural, ó hijo de hijo natural, ¿qué le puede el padre dejar en el testamento?

*Ab.* Todo lo que hemos dicho del hijo natural se entiende del nieto tambien.

*Esc.* ¿Y cómo suceden los padres á los hijos naturales?

*Ab.* Lo mismo que los hijos suceden á sus padres, suceden en su caso los padres á los hijos, y en los casos que los padres no les puedan dejar á los hijos, y sean solo obligados á dar alimentos, en lo mismo los hijos no les pueden dejar herederos, y son obligados á darlos ó dejarlos alimentos á los padres necesitados. Ley 8, tit. 13, part. 6.

*Esc.* Sigamos con otra ley.

## LEY XI.

*Y porque no se pueda dudar cuáles son hijos naturales: ordenamos y mandamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nascieren ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion: con tanto que el padre le reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo ovo en su casa, no sea una sola: ca concurriendo en el hijo las calidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* La ley pasada ha hecho una gran diferencia de los hijos naturales á los demas ilegítimos respecto del padre, que no hay respecto de la madre: ahora en esta ley se nos dice quiénes son los hijos naturales. Entre los romanos se ha llamado hijo natural el habido de una concubina retenida en casa, siendo uno y otro sueltos ó solteros, de quienes indubitablemente parece es el hijo procreado; pero en España se dicen hijos naturales los habidos de muger con quien el padre se podia casar sin dispensacion, esté ó no en casa, con tal que les haya reconocido por hijos, y aunque no sea sola.

*Esc.* Y si fuese una sola con quien el padre podia casarse sin dispensacion y la tuviese en casa, los hijos que de ella nazcan no reconocidos por tales, ¿serán tenidos por hijos naturales?

*Ab.* Digo que sí, porque la ley que vamos esplicando



pone la condicion del reconocimiento para que sea reputado por hijo, aunque estuviese la madre fuera de casa; pero estando dentro tienen la presuncion, aunque no haya precedido el reconocimiento del padre, á no ser que por el tiempo de la ausencia del padre se pruebe que no pudo ser suyo naturalmente.

*Esc.* ¿Y qué requisitos debe tener el hijo de parte de la madre para que se diga hijo natural?

*Ab.* Los mismos que de parte del padre; porque no siendo naturales de parte del padre, ó si no tienen padre cierto, que se llaman *vulgo concepti*, ó si no se podian casar los padres sin dispensacion, se dirán respectivamente, si parientes dentro del grado prohibido, incestuosos; si el parentesco fuese de ascendientes y descendientes, nefarios; si fuese cualesquiera de ellos casado, adulterino; y si consagrado á Dios con voto solemne de castidad, sacrílegos.

*Esc.* ¿Qué diferencia hay respecto á la madre de hijos naturales á los demas bastardos en cuanto á la sucesion?

*Ab.* Ninguna hay: no siendo como dijimos en la ley IX de damnable y punible ayuntamiento, ó de clérigos, frailes, monjas &c., y la diferencia de unos á otros ya la dejamos esplicada en la citada ley IX.

*Esc.* Sabiendo ya cuáles son hijos naturales, cuáles espúreos, y de estos cuáles de damnable y punible ayuntamiento, y cómo cada uno suceda á sus padres, quiero saber cómo sucedan á los colaterales abintestato.

*Ab.* Dices bien abintestato; porque en testamento pueden todos suceder como estraños, supuesto de que no se hallan prohibidos respecto de los colaterales: digo que los hijos ilegítimos no pueden de modo alguno abintestato suceder á sus colaterales por parte de padre; pero á los colaterales de parte de madre sí, siendo ellos los parientes ciertos. Ley 12, tit. 13, part. 6.

## LEY XII.

*Si alguno fuere legitimado por escrito, ó privilegio nuestro, ó de los Reyes que de nos vinieren, aunque sea legiti-*

*mado para heredar los bienes de sus padres ó madres, ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre, ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nascido ó legitimado por subsiguiente matrimonio; el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos, ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes* abintestato *ni* ex testamento; *salvo si sus padres ó madres ó abuelos, en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes, que pudieran mandar por su alma, les quisieren alguna cosa mandar: que fasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, y no mas; pero en todas las otras cosas, ansi en suceder á los otros parientes, como en honras y preeminencias que han los hijos legítimos: mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nascidos de legítimo matrimonio.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Dos son los modos de legitimarse los hijos ilegítimos, uno por gracia y privilegio del príncipe, y el otro por el matrimonio subsiguiente.

Cuando el príncipe, gefe del estado, que no reconoce superior, concede á un hijo ilegítimo la legitimacion como si hubiese nacido de ayuntamiento legítimo, se dice legitimado por rescripto del príncipe.

*Esc.* ¿Y por el siguiente matrimonio?

*Ab.* Cuando los padres contraen matrimonio por palabra de presente despues de nacido el hijo ilegítimo.

*Esc.* ¿Y qué efectos tiene la legitimacion por rescripto del príncipe?

*Ab.* Que el legitimado suceda á sus padres en los bienes y en los honores; y á los parientes por su orden, línea y grado, á no ser que los padres tengan despues hijos legítimos de legítimo matrimonio, ó legitimados por el siguiente, en cuyos casos, aunque hereden en los honores y á los parientes, no á los padres en perjuicio de los de legítimo matrimonio, ó legitimados por él; y solo se les permite dejarles el quinto, como podian á otro cualesquiera estraño.



*Esc.* ¿Y el príncipe podrá legitimar á un hijo para que suceda solo en la parte de bienes que su padre le quiera dejar?

*Ab.* Sí que puede, y solo sucederá en aquella parte que le deje, como tambien podrá ser legitimado para que le suceda en los honores y aun á los parientes; la razon, porque siendo esta legitimacion una gracia del príncipe, tendrá la estension hasta adonde se limite solamente; así como hoy por la ley en general está limitado á suceder á los padres cuando no tengan hijos legítimos, ó legitimados por el siguiente matrimonio.

*Esc.* ¿Y los legitimados por el siguiente matrimonio?

*Ab.* Estos suceden con los de legítimo matrimonio.

*Esc.* ¿Y qué condiciones han de concurrir para que valga la legitimacion por el siguiente matrimonio?

*Ab.* Es preciso que el matrimonio sea válido, porque si no lo fuese no quedan los hijos legitimados.

*Esc.* Pregunto: ¿y si el matrimonio fuese contraido de buena fe, pero no fuese válido, porque v. gr. habia impedimento dirimente entre los padres que no ignoraban, los hijos nacidos antes quedarán legitimados?

*Ab.* No: porque no hubo en realidad verdadero matrimonio.

*Esc.* Pues yo he oido decir que los hijos nacidos de un matrimonio nulo contraido de buena fe son legítimos, esto es, que gozan de todos los derechos de legítimos.

*Ab.* Has oido bien; y la diferencia está en que la buena fe, aunque no es bastante para hacer al matrimonio válido, basta para que los hijos en cuya generacion no hubo culpa de los padres nazcan legítimos; pero los nacidos anteriormente, como sea una gracia y favor que se ha hecho al matrimonio el que los legitime, como no haya tal matrimonio, ni la buena fe sea bastante para que le haya, síguese que los hijos quedan de la condicion en que nacieron.

*Esc.* Con que siendo el matrimonio nulo, sea por el capítulo que fuese, ó por impotencia contraida despues de la generacion del hijo legítimo, ó por parentesco contraido despues, ó por falta de consentimiento, ¿no se verificará la legitimacion de los hijos antes habidos?

*Ab.* Asi es lo cierto: sea ó no contraido el matrimonio en buena fe ó mala fe; y siempre que el matrimonio sea válido, nada hace al caso de que los contrayentes puedan ó no tener hijos de aquel matrimonio; y asi aunque se casen ya viejos, ó en el artículo de la muerte, los hijos antes tenidos se legitiman.

*Esc.* Y siendo el matrimonio válido, ¿se legitiman siempre los hijos anteriormente nacidos?

*Ab.* Siempre: con tal que los padres cuando los engendraron fuesen sueltos, y de tal condicion que pudieran haberse casado sin dispensacion, porque en otro caso no se legitiman, segun la ley 2, tit. 15 de la Partida 4.

*Esc.* Y si los padres en edad ya avanzada que no puedan tener hijos, ó en el artículo de la muerte, se casasen solo con el fin de escluir al sustituto, ó al legítimo heredero en defecto de hijos, ó á otro á quien por la ley ó testamento le venia la herencia á falta de hijos legítimos ó legitimados, ¿se legitimarán por este matrimonio?

*Ab.* Por derecho comun, y segun consecuencias que los autores sacan de varias leyes de él, opinan que no se legitiman; pero no habiendo ley patria que escepcione el caso del fin de contraer el matrimonio, y sea constante que por favor del matrimonio se legitiman los hijos antes nacidos, nada nos hace al caso el fin de los padres. Pregunto: al que es escluido por el legitimado por el matrimonio, ¿qué mas le da que éste se contraiga por escluirle á él, ó por el beneficio del hijo? Con que si contraido solo por el beneficio del hijo, y porque suceda aun estando los padres á la hora de la muerte, vale la legitimacion, ¿qué mas da que el fin sea por escluirle al que en contrario caso habia de suceder? y asi me parece no es mas que efecto de la demasiada adhesion de los autores á las decisiones del derecho comun, el opinar los que opinan contra la legitimacion en este caso: en fin, no hay ley de España que haga exencion de él, y cuando la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir, y seria una sentina de pleitos andar averiguando el fin por qué se casaron los padres.

*Esc.* Quedo enterado que todo matrimonio válido y en-



tre quienes sin dispensa pudieron casarse al tiempo de la generacion, los hijos antes habidos se legitiman por el matrimonio. Y pregunto: si el hijo habido de dos, que sin dispensa pudieron casarse al tiempo que nació ó fue concebido, y despues contrajesen algun parentesco ó impedimento canónico para poderse casar, y se casasen con dispensa, ¿el tal hijo habido al tiempo que sin dispensa pudieron sus padres casarse se legitimará por este siguiente matrimonio contraido con dispensa?

*Ab.* Sí: porque el hijo fue natural, y al tiempo de su nacimiento y concepcion sus padres sin dispensa podian casarse, esto es, no habia ley que impidiese entonces el matrimonio entre sus padres; y basta esto para que por el siguiente matrimonio sea legitimado, pues el impedimento se quita por la dispensacion; mas el engendrado y nacido al tiempo que sus padres no podian legítimamente casarse, aunque despues se casen legítimamente mediante la dispensacion, como esta no les puede habilitar para que hubiesen sido personas legítimas al tiempo de la generacion ó nacimiento del hijo anterior, este permanece siempre con aquel impedimento y falta de requisito de natural para que por el siguiente matrimonio le pueda legitimar.

*Esc.* ¿Y qué diferencia hay de los hijos legitimados por el siguiente matrimonio á los legitimados por rescripto del príncipe?

*Ab.* Que estos, como dice la ley, no suceden con los legítimos ni legitimados por el matrimonio, y los legitimados por el siguiente matrimonio suceden en todo con los legítimos.

*Esc.* Dígame vmd., si uno que tiene hijos naturales se casase con otra muger, y de ella tuviese hijos legítimos, y muerta ésta se casase despues con la concubina, ¿los hijos de ésta se legitimarán?

*Ab.* Sí que se legitiman: porque teniendo el hijo las circunstancias de ser natural, y que el matrimonio siguiente entre sus padres sea legítimo, no se requiere mas para su legitimacion, haya antes ó despues otros hijos legítimos ó no los haya.

*Esc.* Pregunto: ¿y si en este medio tiempo el hijo natural se casase y tuviese hijos legítimos, y sin ser legitimado muriese, y despues el abuelo se casase con su abuela natural, el nieto quedará legitimado por el siguiente matrimonio, sin haberlo sido su padre que ya era muerto?

*Ab.* Sí que se legitimaba en este caso el nieto; porque la legitimacion se concede al matrimonio, y él tiene la virtud civil de legitimar los hijos y descendientes antes habidos en tiempo que sin dispensa pudieron sus padres haberse casado.

*Esc.* ¿Con qué estos hijos y nietos legitimados por el siguiente matrimonio podrán ser mejorados en el quinto y tercio aunque haya otros legítimos?

*Ab.* Sí que pueden ser mejorados, porque son legítimos en todos los efectos; y como el padre puede mejorar á los hijos nietos á su voluntad, y estos lo sean ya legítimos por la legitimacion del siguiente matrimonio, pueden ser mejorados como podian serlo los demas hijos; pero si la legitimacion fuere por rescripto del príncipe, aunque sucedan á los parientes como legítimos, y á los padres en los honores &c., y sean herederos en defecto de legítimos hijos ó legitimados por el siguiente matrimonio, habiendo estos ni pueden suceder, cuando mas ser mejorados, y solo como á estraños puede dejárseles el quinto.

*Esc.* Dígame vmd., supuesto de que el hijo natural legitimado por el siguiente matrimonio, aunque en el intermedio entre él y el nacimiento haya tenido el padre hijos legítimos de muger con quien casase, sucede con los legítimos; si el padre fuese mayorazgo, en que se supone llama á los primogénitos, ¿quién será preferido en la sucesion, el hijo legitimado que nació antes, y fue legitimado despues, ó el hijo que nació despues, y fue legítimo antes?

*Ab.* Soy de opinion con los mas de los autores regnícolas, que es preferido el legítimo al legitimado: la razon, porque este fue primero legítimo, y el derecho que éste tenia adquirido de primogénito legítimo no se le puede quitar la siguiente legitimacion; ni obsta el decir que la legitimacion es restitucion de nacimiento, porque la restitucion



no puede hacerse, ni se hace en perjuicio del derecho adquirido á tercero, y la retrotraccion es ficcion del derecho, y ésta tampoco tiene efecto en perjuicio de él á otro adquirido.

*Esc.* Vaya otra pregunta y lo dejaremos: supongo que el legitimado por rescripto del príncipe no perjudica á los que despues nazcan, ni á los que sean despues legitimados por el siguiente matrimonio; ¿pero perjudicará á los ya legitimados?

*Ab.* Digo que no: ni suceden con ellos, á no ser que el príncipe espresamente en el rescripto diga que les legitima para suceder con los legítimos, que sin duda puede hacer, por ser la legítima señalada por derecho civil la que puede disminuirse por el concurso del hijo legitimado, y en este caso espreso tambien perjudicaria á los despues nacidos; pero á no ser que el príncipe lo esprese, nunca se entiende que quiere legitimar en perjuicio de los legítimos y legitimados por el matrimonio siguiente.

## LEY XIII.

*Por evitar muchas dudas, que suelen ocurrir acerca de los hijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó son abortivos: ordenamos y mandamos, que el tal hijo se diga que naturalmente es nascido, y que no es abortivo, cuando nació vivo todo, y que á lo menos despues de nascido vivió veinte y cuatro horas naturales, y fue baptizado antes que muriese: y si de otra manera nascido, murió dentro del dicho término, ó no fue baptizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo, y que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes. Pero si por la ausencia del marido, ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podia vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho hijo las calidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo.*

*Ab.* En esta ley se trata de los requisitos que deben concurrir en los hijos reciennacidos para que se digan partos legítimos y naturales, y no abortivos, y por consiguiente hereden ó no á sus padres, porque el hijo póstumo es heredero de su padre, aunque el padre haya instituido á otros herederos, ignorando ó sabiendo el embarazo de su muger, pues nacido que sea rompe el testamento del padre; pero como sucede muchas veces que los reciennacidos mueren á poco tiempo de nacer, y se esciten dudas sobre si son naturalmente nacidos ó abortivos, en cuyo caso no heredarian, esta ley XIII de Toro, para quitar las dudas quiso prescribir los requisitos que debian de concurrir en el póstumo que reciennacido muere, para que se le tenga no por abortivo, sino por parto natural y legítimo cuanto á los efectos civiles.

*Esc.* Dígame vmd., ¿y qué es póstumo?

*Ab.* Póstumo es el que nace despues de la muerte de su padre, y la etimología de póstumo viene de *humacio*, y la partícula *post*, como nacido despues del entierro ó humacion de su padre.

*Esc.* ¿Y qué diferencia hay de los requisitos que esta ley exige para que el póstumo tenga los efectos civiles de natural y legítimo parto, tanto para suceder á sus padres, como para romper el testamento de ellos en que hayan instituido á otros, á los requisitos del derecho de los romanos?

*Ab.* Por derecho del Digesto, para que el hijo no se dijese abortivo y sucediese á sus padres, rompiese el testamento en que no era instituido heredero, y trasmitiese la herencia á sus herederos, bastaba que naciese vivo, aunque no viviese mas que un minuto; y por nuestra ley se requiere no solo que nazca todo vivo, sino que viva despues de nacido veinte y cuatro horas naturales lo menos. Por derecho del Digesto no se requeria el que fuese bautizado, y por nuestra ley se requiere precisamente el que ademas de vivir las veinte y cuatro horas naturales sea bautizado; de modo que ni basta el ser bautizado, si no vive las veinte y cuatro horas, ni vivir las veinte y cuatro horas si no fuere bautizado; pues ambos requisitos son sustancialmente necesarios segun nuestra ley para que los póstumos tengan los efectos civiles de hijos legítimos y naturalmente nacidos.



*Esc.* ¿Y no se requiere mas que vivir veinte y cuatro horas naturales, y llevar agua del santo bautismo para que los hijos se digan legítimos y naturales y no abortivos, y tengan los efectos civiles de legítimos hijos?

*Ab.* Previene tambien la ley, que aunque concurran los dichos requisitos, si por la ausencia del padre, ó por el tiempo que medió del casamiento al parto, claramente se probase que nació en tiempo que no podia vivir naturalmente, no sea tenido por parto legítimo.

*Esc.* ¿Cómo se ha de probar que no podia vivir naturalmente?

*Ab.* Supon tú que desde que dos se casaron hasta el parto, ó desde la última vez que el marido estuvo con su muger pasó un corto tiempo, en el cual segun la comun opinion de los físicos si hubiese sido habido de su marido, no podia naturalmente vivir, y vive, y es bautizado, se sospecha escientíficamente de que aquel no es hijo del marido; y la ley ha querido que un parto con tan fuertes presunciones escientíficas de ilegítimo no sea tenido en cuanto á los efectos civiles por parto legítimo natural, y que ni rompa el testamento del padre, ni trasmita la herencia á sus herederos.

*Esc.* ¿Y por qué dice vmd. que hay una sospecha escientífica de que aquel parto no es hijo de tal marido?

*Ab.* Digo escientífica, esto es, segun que los físicos han llegado á tener por verdad; pero como pueden engañarse los hombres aun en las opiniones mas recibidas entre los profesores de una ciencia, no porque tengan los físicos por un imposible físico la legitimidad del parto, por eso ha de ser evidente, y por eso la llamo sospecha escientífica; pero la ley ha querido á esta sospecha escientífica graduarla por bastante, para que el parto no sea tenido en cuanto á los efectos civiles de romper testamento, heredar á sus padres, y trasmitir la herencia despues de su muerte á sus legítimos herederos por natural y legítimo.

*Esc.* ¿Y qué tiempo es el que se juzga escientíficamente que el parto no puede ser legítimo, ó que no puede vivir el nacido de aquel tiempo?

*Ab.* La ley no señala el tiempo: con que los perítos físicos son los que han de decidir, y de cuyas declaraciones y juicios ha de salir la prueba, y el juez tendrá que atemperarse á sus dictámenes como en todo juicio de perítos, á no ser que le viese demasiado de irregular y poco fundado; y en esta parte no dudo que en tiempo de la tal ley se juzgaria de modo diverso que hoy, y mañana se pensará de otro modo.

*Esc.* Con que si un mes ó dos, por ejemplo, despues de uno casado (en cuyo tiempo supongo que los físicos dicen no puede naturalmente vivir) naciese un hijo, ¿no seria habido por parto natural y legítimo cuanto á los efectos civiles de suceder?

*Ab.* Supones bien, á no ser que antes del matrimonio hubiese sido concubina del marido, ó el marido hubiese copulado con ella; en cuyo caso, como este hijo era natural en su concepcion, se habia legitimado por el matrimonio, y nació legítimo.

*Esc.* Y si el marido habia muerto de repente, y no habia dicho cosa alguna, ¿se la habrá de creer á la madre por su dicho?

*Ab.* Por su mero dicho no: tendria que probar aquellas circunstancias, casos ó dichos de su difunto marido, por lo que se pudiese inferir decia la muger verdad, porque su dicho solo, como de parte interesada, no era suficiente para que el parto fuese tenido por legítimo.

*Esc.* Y si una muger casada estuviere de público amancebada con otro, los hijos que durante el amancebamiento tuviese ¿serán legítimos en cuanto á los efectos civiles que vamos hablando?

*Ab.* Distingo: ó el marido habitaba con ella, ó estaba separado: si habitaba con ella, se tendrán por legítimos, porque la presuncion está á favor de los hijos por el matrimonio; pero si estaba separado de la muger no serian reputados por legítimos.



*Esc.* Pues sigamos con otra ley, que no me ocurre mas que preguntar en esta.

## LEY XIV.

*Mandamos que el marido y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen la segunda ó tercera vez ó mas, pueda disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo o tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de los tales matrimonios ó de alguno de ellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios que no oviesen seido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los bienes.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley en sustancia nos viene á decir que tanto el marido como la muger hacen suyos en propiedad y usufructo la mitad de los bienes gananciales, sin que sean obligados á reservar cosa alguna para los hijos del matrimonio en que se adquirieron los bienes, pudiendo disponer libremente de ellos como de los demas suyos propios.

*Esc.* ¿Con qué aunque pasen á segundas nupcias no serán obligados á reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes gananciales adquiridos en él?

*Ab.* Está terminante la ley de que no son obligados.

*Esc.* Pregunto: si la madre no casare de segundas nupcias, pero viviese lujuriosamente, ¿tendrá obligacion á reservar la mitad de los gananciales que adquirió en el primer matrimonio á los hijos?

*Ab.* Si la muger despues de la muerte del marido viviese lujuriosamente, entonces pierde los gananciales que adquirió constante el matrimonio, y se aplican á los hijos ó á otro cualquiera heredero que haya sido del marido. Es terminante la ley final, tít. 4, lib. 5 del Ordenamiento, y pierde la dotacion que tuvo del marido en vida, segun la ley 3, tít. 12, Part. 4, aunque esta ley solo hable de cuan-

do vive lujuriosamente dentro del año de luto, tenemos la ley 9, tít. 12, lib. 3 del Fuero de las leyes que habla indistintamente; y por identidad de razon, segun opinion de autores clásicos, de que no me aparto, el legado y herencia del marido lo pierde tambien.

*Esc.* ¿Y la muger que toma la tutela de sus hijos si se casase segunda vez la pierde, y deja de ser tutora de ellos?

*Ab.* Sí: la madre, á quien por particular favor se le concede ser tutora de sus hijos, estando como estan las mugeres privadas de serlo, pierde la tutela por pasar á segundas nupcias; la razon principal es, porque la muger casada está sujeta á la voluntad del marido, y sin su consentimiento nada puede hacer ni contraer, ni tiene el uso y administracion de sus bienes, pasando como pasan á la administracion de su marido; esta es la razon mas fuerte y poderosa, y no la presuncion que haya de que prefiere el amor del segundo marido al de los hijos, pues en el padre se puede decir lo mismo que prefiere el amor á la segunda muger, y con todo aunque pase á segundas nupcias continúa con la tutela y legítima administracion de los bienes de los hijos. Si para ser uno buen tutor y administrador fuese preciso el que no tuviese amor superior y mas fuerte que el del pupilo no lo podrian ser los que tienen hijos, ademas que siendo diverso el amor maridal del filial, nada se opone el que el padre y madre amen á sus hijos con todo el amor filial y á sus maridos y mugeres respective con el amor maridal; y asi la razon por qué las madres pierden la tutela por el tránsito á segundas nupcias, y no los hombres, es porque entran en la potestad maridal, y no son ni aun administradoras de sus bienes, y sí solo son parte del matrimonio de que sus maridos son las cabezas civiles.

*Esc.* Pues de ese modo si la madre, muerto su marido, viviese lujuriosamente sin pasar á segundo matrimonio, ¿no perderá la tutela?

*Ab.* Si no tuviésemos la ley 9, tít. 16 de la Partida 6 podiamos tener la duda; pero en ella espresamente se las prohibe. Ya sabes que la tutela de las mugeres ha sido una



gracia particular; con que no es mucho que en pena de su mala vida la ley las prohiba de ella, ademas que el amor y el cuidado de los hijos y sus bienes, aunque es compatible con el justo amor maridal, no lo es muy bien con el amor inhonesto y desordenado; y quien es pródiga de sí inhonestamente lo será de los bienes de los hijos, y con facilidad abandonará su educacion, y aun la daria mala con el mal ejemplo.

*Esc.* Y supuesto que por la vida lujuriosa de la madre pierde la tutela de sus hijos, y lo mismo por el tránsito á segundo matrimonio, ¿á quiénes pasa esta tutela?

*Ab.* Para responder es preciso que sepas las diferencias de tutores y tutelas: hay tutela testamentaria, tutela legítima y tutela dativa; tutela testamentaria es la que se deja en el testamento por los padres á los hijos impúberos que tiene en su potestad: legítima es la que se da por la ley á los parientes mas cercanos, y la dativa es la que por el juez se da al impúbero que no tiene tutor testamentario ni legítimo: es de advertir que la legítima corresponde al pariente mas cercano por su orden, línea y grado, como la sucesion *abintestato*. Sabida ya la diferencia de tutelas se ha de distinguir entre la madre que ha tomado ya la tutela á la que no la ha tomado; si la madre la habia ya tomado y se la priva de ella, el juez deberá nombrar tutor dativo; lo mismo si la madre compareciese ante el juez diciendo quiere pasar á segundas bodas, pidiendo se dé al hijo tutor; pero si la madre no llegó á tomar la tutela, entonces pasa al pariente mas cercano la legítima tutela, ley 5, tít. 16, Partida 6.

*Esc.* Supongo de que el padre aunque pase á segundo matrimonio no pierde la legítima administracion de los bienes de los hijos.

*Ab.* Supones bien, porque le corresponde por derecho, no de gracia y privilegio como la tutela á las madres.

*Esc.* Y dígame vmd. si el marido dejase á la muger algunos bienes, con la condicion ó por el tiempo que viva honestamente, y se casase despues, ¿perderá lo que el primer marido la dejó?

*Ab.* No: porque el segundo, tercero y cualesquiera matrimonio son santos y honestos.

*Esc.* Y si fuese dejado con la condicion de que no se ca se, ¿valdrá la tal condicion?

*Ab.* Si la condicion fue de que no se case con determinada persona valdrá; pero no si es general la prohibicion, y se tendrá por no puesta.

Vamos á la ley siguiente, y en ella veremos los bienes que los padres son obligados á reservar á los hijos del primer matrimonio.

## LEY XV.

*En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredaron de los hijos del primer matrimonio; en los mismos casos el varon que casare segunda ó tercera vez sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primer matrimonio. De manera que lo establecido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez haya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley nos dice que el marido que pasa á segundas bodas está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio lo que hubiese habido de la muger ó de los hijos de ella, en los mismos casos en que la muger es obligada á reservarlos lo habido del marido é hijos; pero no nos dice en qué caso sea la muger obligada á reservarlos, aunque supone ser obligada en algunos; con que diremos, conformándonos con la opinion de nuestros autores regnícolas, en qué casos la muger es obligada á reservar á los hijos lo que ha habido de sus hermanos ó padres: todos suponen que es penal la obligacion de reservar los citados



bienes; de modo que siendo dueños de ellos vienen solo á ser usufructuarios, y ni pueden enagenarlos á favor de los hijos del segundo matrimonio ni á favor de estraños.

*Esc.* Pues veamos los casos en que la muger es obligada á reservar á sus hijos los bienes que ha del primer marido y sus hijos.

*Ab.* Todos los bienes que haya habido del primer marido sin distincion sea á título de sustitucion, legado, fideicomiso, donacion *mortis causa* ó *inter vivos* por cualquiera causa lucrativa; y aunque parece que no es sino remuneratoria la donacion *propter nuptias*, arras y dotaciones que el marido haya hecho á la muger, está terminante la ley 1, tít. 2, lib. 3 del Fuero de las leyes de que está obligado á reservarlas á los hijos de aquel marido.

*Esc.* Y las dotes que se dan á las doncellas por los viudos, ancianos ó de menor nacimiento en premio de la virginidad, ¿estarán obligadas á reservarlas?

*Ab.* El señor Covarrubias con otros varios autores clásicos son de opinion que no, fundados en que no es causa lucrativa, y sí precisamente remuneratoria.

*Esc.* ¿Con qué la obligacion de reservar la propiedad de los bienes, y venir á quedar solo usufructuarios los que pasan á segundas bodas, es en pena de casarse segunda vez por el generillo de injuria que parece se hace al primer consorte?

*Ab.* Asi opinan los autores, y por lo mismo dicen que no serán obligadas á reservar los bienes habidos del primer marido, si este la concediese licencia en el testamento, ó de otro modo, para que muerto él se vuelva á casar. Si se casase con licencia de los hijos del primer matrimonio ó con la del príncipe, pues en estos casos se entiende dispensada, y lo mismo los maridos dispensados de la pena de reservar la propiedad de los bienes á los hijos del primer matrimonio en los mismos casos.

*Esc.* ¿Y si la muger ó el marido hubiesen recibido ó heredado alguna cosa de los parientes del consorte difunto serán obligados á reservar la propiedad á los hijos del primer matrimonio?

*Ab.* Hay varias opiniones: yo opino que no, porque la ley es penal, y no se debe estender á mas casos que á los que comprende.

*Esc.* ¿Con qué segun lo que supone la ley tambien son obligadas las mugeres á reservar los bienes que heredaren de los hijos del primer matrimonio?

*Ab.* Lo que las madres heredasen *abintestato* no tiene duda el que son obligadas á reservar; pero en lo que reciban *ex testamento*, si la madre habia ya casado segunda vez, no es obligada á reservarlo, porque sucede como un extraño; pero hoy que por nuestra legislacion la madre es heredera forzosa de las dos partes, diria que aunque sea instituida en las dos partes siempre sucede por beneficio de la ley, y solo en la tercera como un estraño.

*Esc.* ¿Y si hubiese la madre del hijo algunos bienes por donacion ó por otra causa que no sea por sucesion será obligada á reservarlos?

*Ab.* La ley no habla mas que de bienes heredados, y es penal; con que no la debemos estender á mas, y asi solo lo que heredasen de los hijos *abintestato* y las dos terceras partes *ex testamento*.

*Esc.* ¿Con qué hoy tanto el padre como la madre serán obligados á reservar la propiedad de los bienes adquiridos de sus hijos ó consortes que llevamos dicho, y por consiguiente no podrán enagenarlos ni á favor de hijos ni de estraños, caso de pasar á segundas bodas?

*Ab.* Asi es lo cierto; y vienen á ser solo usufructuarios.

*Esc.* Dígame vmd., ¿y si antes de pasar á segundas bodas los hubiese enagenado, podrán los hijos repetir aquellos bienes?

*Ab.* Digo que no, porque no es cierto el que hayan de vivir mas los hijos que los padres, y la enagenacion fue hecha en tiempo que no habian incurrido en la pena, y el en favor de quien se enagenó adquirió el dominio; pero dado caso que despues alcancen á los padres en vida de su caudal se deberá sacar para los hijos del primer matrimonio el importe de aquellos bienes con preferencia; pero



en el caso que la enagenacion fuese hecha despues de contraido el segundo matrimonio será nula, y podrán los hijos muerto el padre pedir aquellos bienes de cualquiera poseedor, y á estos solo les competerá contra el caudal del vendedor accion para recobrar el importe.

*Esc.* Pues parecia que los padres no habian de poder enagenar aquellos bienes, supuesto de que si llegaban á casarse no eran dueños de la propiedad.

*Ab.* La ley es penal, y no les impone la pena sino en caso de que se casen segunda vez, con que hasta que se verifique el segundo matrimonio son dueños, y por consiguiente la enagenacion válida, aunque despues de incurrir en la pena serán los bienes obligados á resarcir el tanto á los hijos de aquel matrimonio, de cuyos padres ó hermanos vinieron al padre que segunda vez casa, pues segun dispone la ley 26, tít. 15 de la Partida 8 todos los bienes del cónyuge que pasa á segundas bodas son por la ley tácitamente hipotecados por los bienes que tienen que reservar á los hijos del primer matrimonio, suponiendo que lo que se dice del primer matrimonio se dice del segundo, tercero y demas, respecto de los matrimonios anteriores; y cuando los bienes son muebles se deben tasar por peritos nombrados de una y otra parte cuando se verifique el segundo matrimonio, pues á los hijos del primero se les debe restituir despues de la muerte del padre ó madre respective que casó segunda vez, ó el precio en que hayan sido tasados, ó las cosas con mas el importe de los deteriorados.

*Esc.* Podemos pasar á la ley siguiente, que no me ocurre mas que preguntar en esta.

## LEY XVI.

*Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte en su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio; mas haya la dicha mitad de bienes y la tal manda en lo que de derecho debiere valer.*

COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley en sustancia nos dice que siempre que los maridos hicieren alguna manda á las mugeres en aquello que puedan por derecho, esta tal manda no se ha de satisfacer de los bienes gananciales, sino de los bienes del marido ó parte de gananciales que á él corresponda; de modo que la muger lleve la mitad de gananciales, y ademas la manda que el marido la hiciese.

*Esc.* ¿Y en qué parte es en la que de derecho debe valer la manda del marido en el testamento ó codicilo?

*Ab.* Si tuviese hijos solo en el quinto de sus bienes, si no los tuviese y sí padres hasta el tercio; y si no tuviese herederos forzosos en cuanto el marido quiera dejarla.

*Esc.* Y lo que esta ley dice de la muger ¿se entiende lo mismo respecto al marido, esto es si la muger muriese y mandase algo al marido?

*Ab.* El marido lo mismo debe llevar la manda en lo que por derecho pudiese la muger dejarle en el testamento de los bienes que la muger aportó al matrimonio ó gananciales que la corresponden.

*Esc.* ¿Supongamos que la muger podrá mandar en el testamento al marido, lo mismo que el marido á la muger, esto es, teniendo hijos hasta el quinto; si padres ó ascendientes, hasta el tercio de todos sus bienes; y lo que quiera en caso de no tener herederos forzosos?

*Ab.* Supones bien; y si no tienes mas que preguntar vamos á la ley siguiente.

## LEY XVII.

*Cuando el padre ó la madre mejorare á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento ó en otra postrimera voluntad ó por otro algun contrato entre vivos, hora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejora ó no, fasta la hora de su muerte la pueda revocar cuando quisiere, salvo si, hecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, obiere entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la hiciere ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado ante escribano la escritura de ello, ó el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento ó por otra cosa semejante: que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar, sino reservarse el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar ó por alguna causa, que segun leyes de nuestros reinos las donaciones perfectas, y con derecho fechas se pueden revocar.*



COMENTARIO.

*Ab.* Para la mas perfecta inteligencia de esta ley conviene que antes sepas cuáles y cuál fue la legítima de los hijos.

*Esc.* Muy bien: todo lo que sea saber me acomoda.

*Ab.* La legítima de los hijos, tanto de parte de madre como del padre, por derecho comun de los romanos era la cuarta parte de sus bienes, por lo que tomó el nombre de cuarta legítima; de modo que dejando los padres para todos sus hijos la cuarta parte de sus bienes podian libremente disponer de las otras tres á su voluntad entre quienes quisieren. Despues por el derecho de las Auténticas, esto es, por las leyes mas modernas de los romanos, que se llamaron Auténticas, se aumentó á los hijos la legítima, señalándoles la tercera parte; y en caso de que pasasen los hijos del número de cuatro, la mitad de los bienes; pero hoy por nuestro derecho la legítima de los hijos son todos los bienes de los padres, á escepcion del quinto, que pueden disponer de él libremente entre estraños.

*Esc.* ¿Esta ley no dice que pueden disponer del tercio?

*Ab.* No tiene necesidad de decirlo, pero lo dice suponiéndolo, de donde se infiere que ya antes de esta ley podian, pues ya por las del Fuero de las leyes, la 9, tít. 5, lib. 3 se dispone que los padres puedan mejorar á los hijos ó descendientes en el tercio; pero como esta disposicion es

solo entre hijos ó descendientes legítimos, y no tenga el padre libre disposicion de ella, sino para mejorar á los hijos y descendientes, se puede decir que es la legítima de ellos, aunque no de cada hijo ni descendiente en particular.

*Esc.* Pregunto: y supuesto de que el quinto se puede dejar á quien se quiera, y el tercio solo tiene el padre arbitrio á disponer de él entre los hijos y descendientes, si hubiese que sacar uno para unos, y otro para otros, ¿cuál se debe sacar primero el quinto ó el tercio?

*Ab.* Tenemos la ley 214 de las leyes del Estilo, y es la práctica inconcusa en el reino, sin duda por ser el quinto en favor del alma, dispóngase á favor de quien se disponga, de que el quinto se saque primero, y luego de las cuatro partes se hacen tres, y las dos es la precisa legítima, y á favor de quien haya el testador dispuesto entre los descendientes la tercera.

*Esc.* ¿Y qué es lo que nuestra ley 17 de Toro añade á la del Fuero?

*Ab.* Dudábase despues de la ley del Fuero si el padre ó la madre que disponia del tercio entre los hijos podia ó no revocar la mejora; entraban los adictos al derecho comun de los romanos, haciendo diferencia de hijos que estaban en la potestad, y de los que no estaban; y en los hijos que no estaban, haciendo diferencia de si era por testamento ó por contrato *inter vivos*, y si se habia ó no entregado la posesion. Nuestra ley de Toro, cuyos legisladores eran poco adictos al derecho romano, quita las dudas, mandando el que sin distincion de hijos en la potestad ó fuera que fuese en testamento que no, hecha la mejora, pudiesen los padres hasta la hora de la muerte revocarla con las escepciones solo que la ley especifica.

*Esc.* ¿Y qué escepciones son esas?

*Ab.* No las ves en la misma ley que dice, á no ser que cuando fuese hecha por contrato entre vivos fuese entregada la posesion de la cosa en que consistiese la mejora al mejorado, ó á quien su poder tenga, ó le hubiese entregado ante escribano la escritura de la mejora que hubiese hecho por causa onerosa, como v. gr. por casamiento, en



cuyos casos no se puede revocar; á no ser que en el mismo contrato el padre ó madre que hiciesen la mejora se reservase la facultad de poderla revocar, ó por causas de las que segun nuestras leyes las donaciones perfectas se pueden revocar.

*Esc.* ¿Y cuáles son las causas por qué las donaciones se pueden revocar?

*Ab.* Las causas de ingratitud que espresa la ley 10, tít. 4, Partida 5 y otras semejantes, que han lugar por la regla 36, tít. 34, Partida 7.

*Esc.* ¿Y cuáles son las causas de ingratitud que se refieren en esa ley 10, tít. 4 de la Partida 5 que vmd. ha citado?

*Ab.* Son: primera, cuando se le hace gran deshonra de palabra, ó acusándole de delitos de los que tienen pena grande ú ofenden en la honra: la segunda si pusiese mano airada en él: la tercera es si le hiciese gran daño en sus cosas: la cuarta si conspirase de algun modo contra la vida.

*Esc.* ¿Con qué si el hijo cometiese alguno de estos delitos la mejora siempre se podrá revocar?

*Ab.* Es constante que por las referidas causas de ingratitud y otras semejantes podrá el padre revocar las mejoras hechas, aunque sean las que se llaman irrevocables, como cualquiera otro donante.

*Esc.* He oido decir que las donaciones tambien se revocan por la superveniencia de hijos.

*Ab.* Esas son las de todos los bienes y las hechas á estraños en perjuicio de las legítimas de los hijos; pero las hechas, dejándoles sus legítimas á los hijos, como son las mejoras del tercio, son muy de diversa cualidad, y no hay por que se revoquen, aunque haya de nuevo otros hijos; es terminante el caso de la ley 8, tít. 4, Partida 5: advierte que á las hijas no se las puede mejorar por causa de dote, y por lo mismo no hay necesidad de revocarlas: es la ley 1, tít. 2, lib. 5 de la Recopilacion.

*Esc.* Pregunto: y en los casos que la ley dice que son irrevocables las mejoras de tercio, ¿serán irrevocables respecto del quinto tambien?

*Ab.* Hay mucha diferencia de casos, porque por el que propones de tercio y quinto quedaba intestable el padre sin tener de que poder disponer, y asi la ley cuidadosamente parece habló solo del tercio y no del quinto.

*Esc.* Y si el padre ó la madre hiciese mejora á algun hijo en testamento ó última voluntad del tercio, y entregase la posesion, ¿podrá revocar despues la tal mejora?

*Ab.* Sí, porque nuestra ley dice por escepcion de la regla general de que la mejora no se puede revocar, si hecha la dicha mejora por contrato entre vivos &c., con que siendo la escepcion solo cuando es hecha por contrato entre vivos, no se debe estender á la hecha por última voluntad, por ser esta deambulatoria hasta la muerte.

## LEY XVIII.

*El padre y la madre ó cualquier de ellos puedan si quieren hacer el tercio de la mejoría, que podian hacer á sus hijos ó nietos conforme á la ley del Fuero, á cualquier de sus nietos ó descendientes legítimos, puesto que sus hijos, padres de los dichos nietos ó descendientes, sean vivos, sin que en ello les sea puesto impedimento.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Por la ley del Fuero, que es la 9, tít. 5, lib. 3 *fori legum*, solo se podia mejorar al nieto que tenia derecho á suceder; y como este no le tuviese, porque aun le vivia su padre, no podia ser mejorado por el abuelo; pero nuestra ley, atendiendo á que la legítima rigurosa es la parte que á cada uno le cabe de las dos de tres, deduciendo como dejamos dicho, primero el quinto, y hechas tres de las cuatro, ha querido, y espresamente nos dice, que los abuelos puedan mejorar á los nietos en el tercio, aun viviendo sus padres.

*Esc.* ¿Y puede hacerse la mejora de tercio á favor de los biznietos, terceros nietos y demas descendientes?

*Ab.* Sí, pues la ley dice nietos ó descendientes legítimos.



*Esc.* Pregunto: y la madre si muriese dejando vivo al marido, y mejorase al hijo que queda en potestad de su padre, por la cual es señor del usufructo de los bienes del hijo, ¿valdrá la mejora?

*Ab.* Valdrá, y el padre permanecerá usufructuario de los bienes de la madre, lo mismo que de los demas del hijo hasta que se case, en cuyo caso, segun la ley 48 de Toro, pasa tambien el usufructo de todos sus bienes al hijo, sin que el padre se pueda reservar cosa alguna.

*Esc.* Y si fuesen dos hijos en la potestad, el uno y el otro casado, ¿podrá mejorar al casado en perjuicio del usufructo que correspondia al padre por el que quedaba en la potestad?

*Ab.* No tiene duda que sí, pues el padre solo tiene el usufructo de los bienes adventicios del hijo que está en la potestad; con que no habiendo este mas que la rigurosa legítima, de nada mas puede el padre ser usufructuario.

*Esc.* Pues supongamos que ambos hijos quedaron en la potestad, y por consiguiente el padre dueño de todo el usufructo, ¿podrá mejorar á uno en tercio, y el mejorado perjudicar al padre en el usufructo de la mejora si despues se casase?

*Ab.* La mejora sin duda vale, y el padre pierde el usufructo, lo mismo que de todos los bienes del hijo si este despues se casa, y esto es en virtud de la ley 48, y en favor del matrimonio; supuesto de que tambien cesa en el padre la obligacion de mantenerle, y es de accidente el que el hijo mejorado sea el primero que se case, ó que lo sea el no mejorado; en cuyo caso le reportaba utilidad de la mejora en el usufructo de ella.

*Esc.* Y si los padres solo tuviesen un hijo ¿podrán mejorar en el tercio de los bienes á un nieto ó descendiente de él, ó solo cuando haya varios hijos, porque en este caso todos los bienes, á escepcion del quinto, son legítima de los hijos, y parece no poder mejorar á otros?

*Ab.* Fundado en esta razon hay autor que opina que no pueden los padres cuando tienen un solo hijo mejorar en tercio á los nietos; pero yo con el señor Covarrubias, el

Molina y otros muchos autores regnícolas, digo lo contrario: esto es, que puede el nieto ser mejorado, porque la legítima rigurosa de los hijos es solo las dos partes de las tres que forman el cuerpo de bienes despues de deducido el quinto, que es libre al padre mandarle á quien quiera, y del tercio solo tiene esta libertad entre hijos y descendientes; ademas que no distinguiendo la ley que vamos esplicando, y diciendo que los nietos y descendientes pueden ser mejorados en el tercio, aun viviendo sus padres, nosotros no debemos distinguir, ni juzgo que fuesen de esta opinion autores algunos, si no estuviesen tan adictos al derecho comun de los romanos, por lo que siempre que nuestras leyes no pongan el caso ó derogacion de él espresamente quieren que tenga entre nosotros fuerza de ley, como si fuese ley real. Tanto ha podido con ellos el cariño que le tomaron por los muchos años que gastaron en las universidades, quebrándose la cabeza en su estudio. Vamos á otra ley.

## LEY XIX.

*El padre y la madre y abuelos en vida al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejoría, en que lo haya el hijo ó hijos é nietos que ellos mejoraren; con tanto que no esceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercera parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte. Pero mandamos que esta facultad de poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no la pueda el testador cometer á otra persona alguna.*

### *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley, en el supuesto de poder mejorar los padres á sus hijos, no solo en el quinto como á cualquiera estraño, sino tambien en el tercio, nos dice que á favor de los hijos y descendientes pueden no solo hacer la dicha mejora de tercio y quinto, sino tambien señalarla en ciertas y determinadas cosas, con tal que no escedan del tercio del



justo valor de todos los bienes que el testador tenga al tiempo de la muerte; y añade la ley que esta facultad de señalar el tercio y quinto no puede el testador cometerla á otro, lo que es particular.

*Esc.* ¿Por qué dice vmd. que es particular?

*Ab.* Porque en el derecho regularmente lo que uno puede por sí puede dar á otro poder para que lo haga por él, á no ser que sea una cosa personalísima. Nuestra leyes de Toro, que veremos adelante, dan facultades para que se pueda dar poder para testar, y esto no obstante esta ley ha querido el que la facultad de señalar el tercio y quinto en cosa determinada sea personalísima del testador sin que lo pueda cometer á otro.

*Esc.* Con que en sustancia esta ley dice tres cosas particulares: primera, que el padre ó madre pueda señalar en cierta cosa la mejora de tercio y quinto á sus hijos y descendientes: segunda, que no haya de esceder del valor que corresponde á la parte de mejora, apreciando los bienes, ó teniendo consideracion al valor de todos los bienes al tiempo de la muerte del testador: tercera, que esta facultad de señalar cierta cosa no se cometa á otra persona.

*Ab.* Asi es: y sepas que aunque no haya señalamiento de cosa cierta para el tercio siempre se computa el valor de los bienes, para ver lo que cabe en él, al que tengan al tiempo de la muerte del testador, sino en el caso de que sea por causa de dote ó contrato matrimonial la dicha mejora.

*Esc.* Pues ahora dígame vmd: si á un hijo se le hubiese mejorado en el tercio y entregado la posesion, en cuyo caso el padre ya dijimos que no puede revocarla, siendo por contrato entre vivos, y luego entre la contrata y entrega de la mejora hasta la muerte se disminuyesen notablemente los bienes del testador, de modo que no quepa aquella mejora ya entregada con consideracion al valor de los bienes al tiempo de la muerte, que cabia con consideracion á los que tenia al tiempo que se entregó al hijo la posesion, ¿qué se debe de hacer?

*Ab.* Se disminuye á proporcion la mejora, y lo que escediese se computa para su legítima, á no ser que sea por

causa onerosa de matrimonio, como se dirá en las leyes siguientes, en cuyo caso se ha de tener consideracion ó al tiempo de la mejora ó al de la muerte del testador, á eleccion del hijo mejorado.

*Esc.* Y si el caudal se hubiese aumentado, y la mejora fuese del tercio irrevocable, porque fue por causa onerosa de matrimonio, ó si hubiese entregado la escritura ó la posesion de la cosa asignada para el tercio, ¿se deberá precisamente suplir con consideracion al aumento del caudal, ó podrá el testador revocarla en la parte de aumento?

*Ab.* Si la mejora fue hecha del tercio absoluta y generalmente, sin contraerse á los bienes presentes, ni asignar cosa determinada á que se circunscriba en los casos que ella es irrevocable, lo es en el todo; y el padre ó madre no la pueden revocar, ni aun en la parte que corresponda de los bienes aumentados, y deberá suplírseles y completarse con respecto al valor que tenga el caudal al tiempo de la muerte del testador; pero si la mejora fuese de la tercera parte espresamente de los bienes presentes, como *actus agentium non operatur ultra eorum intentionem*; y la mejora aunque no puede esceder del tercio con respecto al valor de los bienes al tiempo de la muerte, pueda ser en menos cantidad: digo que en este caso, aunque la mejora sea siempre irrevocable en todo lo que fue por la voluntad del mejorante comprendido en ella, por no comprendidos los bienes que se aumentasen, no hay necesidad de revocacion, pues no se debe estender á ellos, ni computarse ó aumentarse hasta la tercera parte de los bienes nuevamente adquiridos: lo mismo digo cuando fuese cosa cierta y determinadamente señalada por mejora, que no se debe estender á mas que á la cosa determinadamente señalada, ni hay necesidad de que se revoque lo que corresponde á los bienes de mas, y mucho menos á los adquiridos nuevamente.

*Esc.* Un ejemplo en este segundo caso. ¿En qué debe aumentarse?

*Ab.* Supon tú que casas un hijo ó hija, y haces escritura en que le mejoras en el tercio de tus bienes sin restriccion alguna, y dices: le señalo para que se satisfaga tales y tales heredades; en este caso, si esceden, como inoficiosa mejora, debe volver al caudal el esceso, y si no llegan, muerto tú hay que completársela del caudal.



*Esc.* Ahora ya lo entiendo. Pregunto: y si el testador ó mejorante, en caso de que la mejora sea revocable, sin hacer otro testamento en que la revoque, hubiese vendido ó enagenado la cosa en que señaló la mejora, ¿se entenderá está revocada?

*Ab.* O la enagenó con ánimo de revocar la mejora ó no: si fue con ánimo de revocarla, se entiende revocada, y si no fue con ánimo, no: se entenderá que fue con ánimo, cuando fuese enagenada sin necesidad, como si la donase á otro; y se entenderá que fue sin ánimo cuando fue con necesidad; v. gr. que por no tener otra mas bien dispuesta para socorrerse la haya vendido: en conformidad ó comprobacion de esta distincion, y que de ella se infiere el ánimo de revocar la mejora, tenemos la ley 40, tit. 9, Partida 6.

*Esc.* Pregunto: ¿y el quinto en favor de los estraños puede el padre asignarlo en cierta cosa?

*Ab.* El quinto no, porque como sean legítima de los hijos y descendientes las cuatro quintas partes de todos los bienes, no puede el padre perjudicarles en las cuatro partes que tienen en cada cosa; pero puede mandar ó legar á estraños cosas determinadas en menos del quinto, quedando á arbitrio de los herederos forzosos, ó el dar á los estraños la cosa ó cosas legadas, ó el todo del quinto del caudal.

*Esc.* Pregunto: y los hijos y descendientes cuando tienen padres ó ascendientes legítimos ¿podrán mandar el tercio á uno de los padres ó ascendientes señalándole en cosa cierta?

*Ab.* No hay ley qne espresamente lo diga; pero los autores lo estienden por identidad, y aun mayoridad de razon; y aun creen que respecto de los ascendientes no hubo antes de la ley de Toro duda en que se pudiese señalar el tercio en cosa cierta; y que la duda fue solo respecto de los hijos y descendientes, á quienes con mas fuerte razon se creían debidas las partes legítimas pro indiviso de todos los bienes, y por lo mismo se les perjudicaba en que la mejora fuese señalada en cosa cierta: esta dificultad la de-

cidió la ley que estamos esplicando, permitiendo al padre ó ascendientes señalar la mejora del tercio: con que con mas razon se le permitirá al hijo ó descendientes señalarla, mejorando á uno de sus ascendientes en el tercio.

*Esc.* Y supuesto de que, como se dijo en la ley VI de Toro, los hijos y descendientes cuando sus ascendientes son herederos forzosos, por no tener descendientes que les hayan derecho de heredar, pueden dejar á estraños la tercera parte de sus bienes, pregunto, ¿podrán dejarse en cosa cierta?

*Ab.* No, porque hay mucha diferencia: ademas que la ley que permite á los padres y ascendientes señalar el tercio en cosa cierta, es entre sus mismos descendientes, que estienden los autores por identidad y aun mayoridad de razon á los descendientes respecto á los ascendientes; pero no al quinto entre los estraños; con que tampoco entre los estraños del tercio, que pueden dejarles cuando sus herederos forzosos son padres ó ascendientes.

*Esc.* No me ocurre mas que preguntar, podemos pasar á otra ley.

## LEY XX.

*Los hijos ó nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejoría, que el testador oviere hecho á alguno de sus hijos, ó nietos ó cuando mejorare en el quinto á otra persona alguna: sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio y quinto, ó cuando no le señaló en la parte de la hacienda que el testador dejare, sean obligados los herederos á se lo dar; salvo si la hacienda del testador fuere de tal cualidad, que no se pueda convenientemente dividir; que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado ó mejorados el valor del dicho tercio y quinto en dinero.*



### COMENTARIO.

*Esc.* O yo no lo entiendo, ó esta ley dice lo contrario que vmd. me ha enseñado antes. Vmd. me ha dicho que á los estraños no se les puede señalar el quinto de mejora en parte cierta, y esta ley en mi entender nos enseña lo contrario; pues dice que los herederos no pueden pagar en dinero el tercio ni quinto, aunque se haya dejado á estraños, y sí en las cosas en que el testador les haya señalado, ó cuando no los señala en la parte de la hacienda que el testador dejase: de que se infiere que el quinto aun para estraños puede señalarse en cierta cosa.

*Ab.* El argumento no está mal puesto, y para solucion á él es preciso consideres que esta ley no trata si se puede ó no señalar el tercio y el quinto en cosas determinadas, sino si pueden los herederos pagar las mejoras en dinero: y resuelve la duda diciendo que no; ni las de tercio y quinto entre los descendientes, ni las de quinto entre los estraños; sino que en las cosas señaladas por el testador (entiéndese en los casos que segun las insinuadas leyes tienen facultad para poder señalar de que aquí no se trata y tenemos ya dicho), ó en caso de que no las haya señalado se haya de pagar en parte de la misma herencia que el testador dejase; de modo, que siendo el fin de la ley decidir la disputa de si pueden ó no los herederos pagar las mejoras en dinero, nada determina ni innova en cuanto á qué mejoras pueden ser señaladas en cosas ciertas, y solo dice que no ha de ser en su arbitrio pagarlas en dinero, sino que se han de pagar en la parte de herencia que el testador dejase, ó en las mismas cosas señaladas si se hubiesen señalado; se entiende segun las facultades que las leyes anteriores les conceden.

*Esc.* Bien dicen, y digo yo, que para saber y aun entender lo que se lee es forzoso estudiar y preguntar: cuente vmd. que si hubiese acabado de leer esta ley, y llegado uno de los que tienen por oráculos á los Escribanos á consultar conmigo sobre si el quinto podrá ser señalado entre es-

traños en cosa determinada, le hubiera dicho que sí; y si al aconsejado le acomodaba, ni cuantos abogados hay en el mundo le sacarian del error en que yo le habia metido, y gastaria su dinero, le haria gastar á los contrarios, y por último añadiria que los jueces le hacian injusticia, que la ley XX de Toro estaba espresa, y que con arreglo á ella el escribano de su lugar, que sabia mas que todos los abogados en el caso, con razon le aconsejó siguiese el pleito; y los contrarios dirian que era un ignorante quien le habia dicho tenia razon y justicia. Cada dia me voy mas desengañando de que los escribanos que se meten á aconsejar, aunque con buena intencion, en lo que no es de su inspeccion, tendrán mucha responsabilidad por los perjuicios que de sus ignorantes decisiones y consejos resultará; y les sucederá como dice vmd. lo que á los cirujanos, que por no confesar su ninguna ciencia en el arte médico, se meten á curar de medicina; pero volvamos á nuestra ley XX de Toro.

*Ab.* La razon de dudar en si podian pagar en dinero, dando los herederos la estimacion de la mejora, estaba en la diferencia que en el derecho comun de los romanos habia entre cuando á uno se le dejaba parte cierta de herencia, ó cuando se mandaba la tercera parte de los bienes; en el primer caso se reputaba heredero en la tercera parte, y en el segundo como un legatario, y cumplian los herederos con dar la tercera parte de la estimacion de los bienes: lo que hizo nuestra ley, poco adicto su legislador á las decisiones de los romanos, fue, sin decir que eran ó no herederos los mejorados, decir que no se pudiesen pagar las mejoras en dinero.

*Esc.* Se entenderá (pues la misma ley lo dice) cuando la cosa tiene cómoda division.

*Ab.* Así lo dice espresamente la ley, y quiso determinadamente, siendo tan heredero el mejorado, caso de ser la cosa de incómoda division, como en el caso de ser de cómoda; que en uno no se pudiese pagar en dinero, y que en el otro sí.

*Esc.* ¿Con que en caso de que la hacienda sea de incómoda division, los herederos tendrán aunque no quieran que pagar la parte en dinero?



*Ab.* Eso no dice la ley: lo que dice es que no tengan facultad de pagar las mejoras en dinero, á no ser que la hacienda del testador no tenga cómoda division; en cuyo caso da facultad á los herederos para que puedan pagarlas en dinero, y no dice que tengan obligacion á hacerlo. Basta de esplicacion de esta ley, y vamos á la veinte y una.

## LEY XXI.

*Mandamos que el hijo ó otro cualquiera descendiente legítimo mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó madre ó abuelos, que puedan (si quisieren) repudiar la herencia de su padre y madre ó abuelos, y aceptar la dicha mejoría: con tanto que sean primero pagadas las deudas del difunto, y sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija parescieren; y por las otras que despues parescieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en la dicha mejoría de tercio y quinto. Lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.*

## COMENTARIO.

*Ab.* En esta ley se dice que el hijo ó descendiente legítimo que sea mejorado en tercio y quinto puede si quiere aceptar la mejora repudiando la herencia; que en este caso deberán ser primero pagadas las deudas, y que como si fuesen herederos en la dicha mejora, deberán los mejorados pagar las deudas que en lo sucesivo de nuevo aparezcan contra el caudal ó prorata de dicha mejora.

*Esc.* Pero en sustancia, ¿vienen á ser herederos por la parte de la mejora?

*Ab.* Dice la ley que paguen las deudas á prorata como si fuesen herederos, en lo que da á entender bastante de que no lo son.

*Esc.* Pues supuesto de que ha de pagar las deudas á prorata de la mejora, ¿qué diferencia hay de si fuesen herederos?

*Ab.* Que el heredero es sucesor en todo el derecho del difunto, y como le sucede en todo, debe pagar (á no ser que acepte con el beneficio de inventario) todas las deudas, aunque el caudal no alcance; pero el mejorado, como si fuese legatario, aunque deba pagar por esta ley á modo de heredero á prorata, no es obligado á pagarlas en mas y mayor cantidad que lo que alcance la mejora.

*Esc.* Con que si un hijo aceptase la herencia y la mejora tendria como mejorado que pagar á prorata las deudas hasta donde alcanzase y nada mas, y como heredero tendria que pagar (si no aceptaba con beneficio de inventario) todas las deudas aunque escediesen de la herencia?

*Ab.* Así es lo cierto: y cuidado, que no hay diferencia en la obligacion de pagar el mejorado á prorata de la mejora, de que sea esta asignada en cosa cierta, ó no lo sea.

*Esc.* ¿Con qué sacamos que el mejorado en rigor no es heredero, y sí legatario?

*Ab.* Pero con el cargo como si fuera heredero de pagar las deudas á prorata hasta donde alcance la mejora. Vamos á la ley siguiente.

## LEY XXII.

*Si el padre ó la madre, ó alguno de los ascendientes permitió por contrato entre vivos de no mejorar á algunos de sus hijos descendientes, y pasó sobre ello escritura pública: en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría de tercio ni de quinto; y si la hiciere que no vala. Y asimismo mandamos que si prometió el padre ó la madre ó algunos ascendientes de mejorar alguno de sus hijos ó descendientes en el dicho tercio y quinto por via de casamiento, ó por otra cosa onerosa alguna, que en tal caso sean obligados á lo cumplir y hacer; y si no lo hicieren, que pasados los dias de su vida, la dicha mejoría ó mejorías de tercio y quinto sean habidas por hechas.*



## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley es correctoria del derecho comun en las dos partes que contiene: en la primera manda que el padre ó la madre pueda ofrecer (y sea obligado á cumplirlo) á un hijo el no mejorar á ninguno de los demas; y en la segunda dice, que prometiendo mejorar en contrato entre vivos á un hijo ó descendiente en el tercio y quinto, por via de casamiento ó de otra cosa onerosa, es obligado á cumplirlo; y que si no lo cumpliese en vida, muerto sean habidas por hechas las dichas mejoras.

*Esc.* ¿Y por qué dice vmd. que es correctoria del derecho comun?

*Ab.* Para la inteligencia has de saber, que por derecho comun están prohibidos los pactos de no suceder, y los de suceder, que en derecho se llaman pactos de *non succedendo*, y de *succedendo*.

*Esc.* ¿Qué es pacto de *non succedendo*?

*Ab.* Es aquel en el que uno renuncia de la sucesion futura que le corresponde abintestato, sea liberalmente, ó sea tomando por la renuncia alguna cosa.

*Esc.* ¿Pues no es libre cada uno el renunciar sus derechos?

*Ab.* Sí, generalmente hablando; pero en la futura sucesion ha presumido la ley, que como derecho, de que hasta que se verifique la muerte de el á quien se ha de suceder no tiene interes alguno, haya seduccion ó engaño por un corto premio ó precio que se dé al presente, y se esponen á que puedan usar mal de estos derechos futuros; ademas que el hijo ó descendiente no prestaria los debidos obsequios á aquel á quien tiene derecho de heredar, si por un pacto antecedente se hallase privado de la sucesion; y así aunque no se pueda renunciar la futura sucesion, bien se puede renunciar la de presente, esto es, la herencia despues de verificada la muerte de aquel á quien se tiene derecho de suceder.

*Esc.* ¿Con qué ni el padre podrá renunciar la sucesion del hijo?

*Ab.* Ni padre ni sucesor *abintestato*, ni forzoso *ex testamento*, á no ser que haya recibido íntegra la legítima, porque entonces no pueden quejarse del testamento de quien se la haya dado.

*Esc.* ¿Y qué es pacto de *succedendo*?

*Ab.* Pacto de *succedendo* se dice aquel por el que uno quiere asegurar la sucesion de otro, y el otro se obliga á dejarle heredero, como si tú y yo pactásemos que te habia de dejar mi heredero: este pacto no valia, no obstante de que yo no tengo herederos forzosos.

*Esc.* ¿Y por qué razon, en uno que no tiene herederos forzosos se habia de prohibir que se obligue como quiera á dejar á quien se le antoje por su heredero?

*Ab.* Porque este pacto le quita la facultad libre hasta la muerte de dejar heredero á quien guste; los pactos por los que al hombre se le quita la facultad de testar, y disponer hasta el último instante de la vida, se han llamado en el derecho comun pactos *contra bonos mores*, y siempre se han reprobado, queriendo que la voluntad del hombre sea ambulatoria hasta la muerte

*Esc.* ¿Con qué si dos pactasen y se obligasen á dejarse mútuamenie herederos, no valdria el pacto?

*Ab.* Con efecto que no valdria; y si efectivamente se dejasen, en precediendo el pacto tampoco, á no ser fuesen soldados, é hiciesen testamento en la espedicion.

*Esc.* ¿Con qué la voluntad del soldado no es ambulatoria hasta la muerte?

*Ab.* No es eso: sino que entre los paisanos la institucion mútua en virtud de pacto no vale; y entre los soldados como sea hecha en la espedicion, vale; pero siempre cada uno con la facultad hasta la muerte de variar la institucion; y así vale, pero es revocable: con que se verifica el privilegio militar, y que la voluntad del soldado sea deambulatorio hasta la muerte.

*Esc.* Con que no precediendo pacto, si dos hiciesen testamento dejándose herederos uno á otro, ¿valdrán los testamentos, aunque cada uno pueda revocar el suyo, y mudarle?



*Ab.* Con efecto, que bien se pueden dos mútuamente instituir herederos, y valdrán los testamentos si no mudasen de voluntad, y entonces el que no se revocase valdria.

*Esc.* Pues vamos á contraer: ¿en qué está la correccion del derecho comun por nuestra ley de Toro?

*Ab.* El padre si promete á un hijo no mejorar á los demas, ya se quita la facultad de disponer como podia por derecho, y mucho mas si por causa onerosa, como matrimonio, ofreció á uno mejorarle, supuesto de que ya no puede libremente disponer: uno y otro puede hacer y es obligado á cumplir segun nuestra ley; con que ve si es correctoria del derecho comun.

*Esc.* Á la verdad que la tal ley de Toro parece un poco dura; pues en el supuesto de que la ley para ser ley y tener autoridad de tal, es forzoso sea honesta, justa, y á lo menos útil, siendo como son estos pactos por los que se priva de la facultad de disponer hasta la muerte *contra bonos mores*; parece que no debian de valer, ó que la ley no puede mandar lo que manda, y mas cuando la facultad de testar es de derecho natural.

*Ab.* Has dicho cuanto hay que decir contra la ley, y hay autores que poniéndose esas dificultades vienen á confesar, que no hallan suficiente solucion, y que quisieran oirla al autor de la ley; pero la causa de no hallar solucion que les satisfaga, sin duda que es por estar demasiado adictos al derecho comun de los romanos, y á sus doctrinas y axiomas; pues si no, bien fácil hubiesen hallado la solucion.

*Esc.* Pues vamos con ella, que la deseo saber.

*Ab.* Es cierto que la permision de testar es de derecho natural; pero es derecho natural permitente, no precipiente: y mas fuerte es el derecho natural precipiente, de que cada uno cumpla lo que ofrece: con que haciendo el hombre una cosa acerca de sus bienes de que el derecho natural le da facultad de disponer en vida y en la muerte, como es el pacto de que otro le suceda, mas opuesto será al derecho natural el que use de la facultad de testar, ó disponer de lo que ya ha dispuesto, y que contraviniendo á su palabra, disponga de lo que ya por derecho natural precipien-

te, *cual es pacta servare* estaba prohibido disponer, que el que no pueda testar por haber ya dispuesto de aquellos bienes. Cierto que es de heredero natural la libre facultad de testar: ¿y podrá uno testar de los bienes que ha gastado en la vida? Claro está que no. ¿Pues qué mas da el que no pueda testar de aquello que él mismo en virtud de la facultad que por derecho natural tiene de obligarse y disponer de sus cosas en vida, se ha imposibilitado y privado de disponer? ¿En donde está la contradiccion al derecho natural? ¿No es mas contrario el que por el capricho romano, de que se pueda disponer hasta la muerte libremente de los bienes, se le quite al hombre la facultad de obligarse eficazmente en vida, ó contraer obligaciones eficaces acerca de ellos? Lo que en el derecho se dice que estos pactos *son contra bonos mores*, se ha de entender civiles; ó decir que se engañan, y engañaron quienes lo dijeron, y quienes les siguieron. Yo no digo que no pueda ser motivo suficiente á la legislacion el querer que no se priven los hombres de la absoluta facultad de testar ó disponer hasta la muerte de sus bienes, para coartar la facultad que tienen de disponer en vida, y obligarse; porque el derecho civil puede por motivos justos prescribir límites á esta facultad, ó permision del derecho natural, y dar leyes á los pactos y contratos; pero entre dos leyes civiles, una como es la del derecho comun de los romanos, que limita la facultad de disponer irrevocablemente en vida, porque pueda libremente disponer hasta la muerte; y otra como la de Toro, que quiere se cumplan los contratos hechos en vida con preferencia á que libremente el contratante mude de voluntad hasta la muerte; me parece que la segunda va mas arreglada al mismo derecho natural permitente; y aun mas, es en corroboracion del precipiente *pacta servare*; cuyos pactos el derecho de los romanos ha tenido que anular, para que pueda verificarse la voluntad ambulatoria hasta la muerte.

*Esc.* Sin duda que nuestra ley de Toro, que quiere que el padre cumpla lo que ofreció en vida, tanto cuando ofreció no mejorar, como cuando ofreció mejorar, es mas ar-



reglada á razon, y al derecho natural, que el derecho de los romanos.

*Ab.* Y añade, que cuando nuestra ley de Toro prefiere la validacion de la promesa á la libertad de mudar de voluntad, es solo cuando se promete mejorar por contrato oneroso, como es el matrimonio, cuyo favor y acomodo de su hijo es de consideracion; y cuando prefiere el pacto ú oferta á la libre facultad de disponer hasta la muerte, ofreciendo á su hijo no mejorar á los demas, tiene en sí la tal oferta tanta razon y equidad, como que termina á la igualdad entre los hijos, y evitar envidias; en fin, es conciliativa del amor fraternal entre sí, por la igualdad que evita los motivos de envidia y discordia entre los hermanos.

*Esc.* Muy bien me parece cuanto esta ley dispone: ¿con que supongo que si no hubo pacto por causa onerosa, ó si fue en testamento la mejora, la ley deja al padre la facultad de revocarla cuando quiera hasta la muerte, como hemos dicho en otras leyes antes?

*Ab.* Supones muy bien; pero es preciso sepas que no obstante esta ley y las demas de Toro, el padre ó madre hoy no pueden por contrato entre vivos y causa de dote ó matrimonio mejorar á las hijas.

*Esc.* ¿Pues cómo eso, siendo causa onerosa y tan justa el dar estado á las hijas?

*Ab.* La esperiencia enseñó que los padres ansiosos de dar estado y acomodar con ventajas á las hijas, á quienes se las presentaba una conveniencia ventajosa, ofrecian dotes escesivas, y mejoraban en tercio y quinto; y como no podian despues segun las leyes de Toro revocar estas mejoras, y con las dotes escesivas se perjudicaban, é imposibilitaban de dotar á las demas, para cortar estos abusos que los padres hacian cuando casaban las hijas, y perjuicios que á toda la familia se seguian, en el año de 1534 por el Emperador Don Cárlos, y la Reina Doña Juana en Madrid, y despues Don Felipe II en la Corte de Madrid año de 1573 á peticion del reino, en la peticion 37, y es la ley 1, lib. 5, tít. 2 de la Recopilacion, se prohibió el que á las hijas se pudiese mejorar en tercio ni quinto por causa de

matrimonio en contrato, y se prescribieron reglas para contener las escesivas dotes.

*Esc.* ¿Con qué á los hijos cuando casan no está prohibido por la ley mejorar en tercio y quinto?

*Ab.* La ley solo habla de hijas, que es donde se advertian los escesos por el ansia de los padres á casarlas.

*Esc.* ¿Y en testamento podrán los padres mejorar á las hijas?

*Ab.* No lo impide la ley: porque como siendo en testamento se pueden revocar las mejoras, no hay el perjuicio que por contrato entre vivos, que segun la ley de Toro son irrevocables.

*Esc.* Pregunto: ¿y si ya celebrado el matrimonio se hiciese la mejora al hijo por causa del matrimonio, será irrevocable la mejora?

*Ab.* No será irrevocable, porque no puede ser la mejora causa del matrimonio ya contraido, y asi no será en la realidad por causa onerosa, aunque en el contrato se haga mencion del matrimonio.

*Esc.* Y dígame vmd. si á la hija despues de celebrado el matrimonio el padre ó madre mejorase, ú ofreciese mejorar, ¿valdrá la tal mejora, no siendo la causa de ella el matrimonio, supuesta la ley 1, tit. 9 de la Recopilacion, en que se prohibe mejorarlas por causa de él?

*Ab.* La ley citada de la Recopilacion dice que no puede ser mejorada la hija que se case por ningun contrato entre vivos: con que no hay duda que no vale la mejora ni promesa de mejorarla, y asi solo en testamento ó última voluntad puede ser mejorada, y ademas por el fraude que podia hacerse á la ley.

*Esc.* ¿Y á la hija soltera se la podrá mejorar ó prometer mejorarla por contrato entre vivos?

*Ab.* Sus dudas tiene la cosa, supuesto que la ley de la Recopilacion solo trata de contener los escesos que se cometen en los contratos matrimoniales; y asi digo que esta ley como odiosa no se ha de estender á mas que á los casos que comprende, que es contener los escesos; y asi digo que si la tal mejora es hecha en fraude de la ley, no vale, y si



es hecha sin fraude de la ley, valdrá, pero será revocable hasta la muerte; y asi si la hija se casare, la mejora se entenderá revocada, y solo podrá percibir la mejorada el dote que la citada ley señala, y nada mas; si la hija no se casare, en este caso muerto el padre sin revocar la mejora, se entiende confirmada en el testamento.

*Esc.* Dígame vmd. supuesto de que esta ley de Toro no distingue de hijos á hijas, y la ley mas moderna de la Recopilacion solo escluye á las hijas por dote y matrimonio, ¿si á una hija se la mejorase por otra causa onerosa por contrato entre vivos, será igual con el hijo en cuanto á que el padre no la pueda revocar, y en que prometida y no entregada se entienda hecha?

*Ab.* Sin duda, que á escepcion de la causa de dote ó matrimonio, cuyos escesos quiso contener la ley de la Recopilacion, en las demas causas onerosas, como efectivamente lo sean, es de la misma condicion que el hijo, y la ley de Toro permanece incorrecta.

*Esc.* Ahora me ocurre otra duda, y es: si el padre ó la madre, no por causa de matrimonio ni otra causa onerosa, mejorase por contrato entre vivos á una hija, y la entregase la posesion, ó ante escribano la escritura de ella, en cuyos dos casos segun la ley 17 de Toro son irrevocables las mejoras, supuesta la ley citada de la Recopilacion ¿serán irrevocables estas mejoras?

*Ab.* Estas siempre serán irrevocables por el padre; pero si fuesen hechas en fraude de la ley, ellas por sí serán nulas; es decir, que si la hija se casase antes de morir el padre, ó de algun modo se probase fue en fraude de la ley, como si se tenia acordada boda para la hija, y se habia prevenido con hacer en esa forma la mejora, será nula; y la hija solo podrá llevar entre mejora y dote lo que la ley de la Recopilacion permite dar de dote á las hijas; pero si la hija no se casare en la vida del padre, ni se probare tener acordado el padre matrimonio alguno en fraude de la ley, no solo valdrá la mejora, sino que será irrevocable lo mismo que si fuese hecha al hijo; la razon: es constante que la ley 17 de Toro iguala á hijos y hijas, la de la Reco-

pilacion prohibe solo en los casos que espresa de dote ó causa de matrimonio; con que no siendo el caso comprendido en la ley mas moderna, que es la de la Recopilacion, queda en su fuerza y vigor la decision de la XVII de Toro; y esta espresamente dice, que tales mejoras sean irrevocables, sean hechas á favor de hijas ó de hijos.

*Esc.* Dígame vmd., ¿con que hoy supuesta la ley de la Recopilacion tampoco valdrá el pacto que el padre ó madre haga con la hija ó yerno por causa de matrimonio de no mejorar á los demas hijos, no obstante lo que dice nuestra ley XXII de Toro?

*Ab.* Soy de opinion de que sí vale, no obstante de que tal pacto sea en cómodo y utilidad de la tal hija: la razon primera es, que el caso no es comprendido en la ley; y como correctoria de la de Toro no se debe estender á mas que á lo que espresamente corrija, ó por mayoridad de razon que aqui no hay: la segunda es (con que se prueba no haber mayoridad ni igualdad de razon) que el fin de la ley de la Recopilacion solo fue el contener los escesos que habia en las dotes y donaciones que se hacian en los matrimonios, no el hacer á las hembras de peor condicion que á los hombres; y como no sea esceso de que á estas se les igualen con los demas hermanos, el pacto de los padres en que se privan de mejorar á los demas hijos, que la ley de Toro quiere sea subsistente é irrevocable, lo debe de ser como quiere esta ley de Toro, y no contradice, ni espresa ni tácitamente, la ley de la Recopilacion.

*Esc.* Me convencen las razones; y digan otros autores lo que digan, seguiré la opinion de los que conforman con la de vmd., porque ya se ve ¿qué duda tiene leida la ley que no se ha hecho por perjudicar á las hembras, sino por evitar los escesos que habia en las dotes y mandas en los matrimonios? y asi aunque ese pacto de no mejorar á otros hijos sea útil á la hija, mas antes contiene los escesos que los causa; y asi nada opuesto es, ni á la letra de la ley recopilada, ni á su intencion: ahora quiero me diga vmd. si tanto en el caso que habla esta ley XXII, como en el de la XVII en cuanto á escritura y entrega de ella, si la escritura se perdiese, ¿podrá probarse ella ó su entrega por ante escribano ó por testigos?



*Ab.* Si la escritura se perdiese, puede probarse por testigos que depongan en la forma que el derecho requiere, esto es, lo sustancial de la escritura, el pacto incluso en ella, y el que se otorgó y se perdió; y en el caso de la ley 17, que fue entregada aquella escritura por ante escribano; esto se entiende cuando no hay original en poder del escribano, porque habiéndolo, no se probará por testigos mas de que la entrega á la parte fue por ante escribano, porque esta escritura no se entiende perdida; y asi no hay necesidad de testigos, ó no debe probarse por ellos, sino por otro trasunto sacado del original, con citacion de las partes, y juramenmento del que la perdió de haberla perdido.

*Esc.* Pregunto: y si el padre ó madre ofreciese á un hijo no mejorar los demas ¿podrá el hijo remitir el pacto para que el padre mejore libremente á quien quiera de los demas hijos?

*Ab.* Sí: porque aunque de esta obligacion del padre resultaba utilidad á los demas hijos, era *per accidens*; el padre solo se obligaba con aquel hijo, y por lo mismo renunciando éste del derecho, ó eximiendo al padre de la obligacion que con él contrajo, queda en libertad que tenia antes del contrato ó pacto de no mejorar, como si no hubiese intervenido, lo mismo que el hijo, tenga hijos que no los tenga.

*Esc.* Y en el caso de que el hijo á quien el padre ó la madre ofreció de no mejorar á los demas muriese en vida de los padres respective, ¿podrán estos mejorarlos?

*Ab.* Distingo: ó este dejó hijos ó no: si no los dejó, puede; porque, como dije, la obligacion del padre de no mejorar fue á favor, ó por favor solo del hijo difunto; pero si dejase hijos, tiene que cumplir el pacto, porque los hijos suceden representando al padre en todos los derechos.

*Esc.* Y si en el otro caso de la ley en que haya ofrecido el padre ó madre mejorar al hijo, éste remitiese el pacto, ¿podrá el padre mejorar á otros?

*Ab.* Si ha remitido el pacto por las razones antes dichas,

puede el padre mejorar al hijo que quiera; lo mismo si murió sin hijos que con ellos.

*Esc.* ¿Y podrá disponer del quinto á favor de su alma, obras pías y estraños, en caso de haber hecho pacto con un hijo de no mejorar á hijo alguno en tercio y quinto?

*Ab.* Opino que sí: y no por la razon de que queda intestable, pues lo mismo quedaria en caso que mejorase en el segundo caso de la ley á un hijo en tercio y quinto; sino la razon está en que no era comprendido en el pacto, mas que el que no prefiriese á los demas hijos ni descendientes mejorándoles; y asi por no comprendida en el pacto la disposicion del quinto entre los estraños, su alma y obras pías, puede hacerla porque *actus agentium non operantur ultra eorum intentionem*, la intencion y las palabras del pacto no se reducian á mas que no mejorar á los demas descendientes; con que sin faltar al pacto podrá disponer del quinto entre los estraños.

*Esc.* Supongo por lo que dice la ley, que para que este pacto obligue y sea irrevocable, es preciso que pase escritura de él; y para que el de mejorar en quinto y tercio obligue y sea habida por hecha la mejora, que sea el contrato por causa de matrimonio, ú otra causa onerosa.

*Ab.* Supones bien; y con lo que llevamos dicho en esta ley basta para su inteligencia, y vamos á la siguiente.

## LEY XXIII.

*Cuando el padre ó la madre por contrato entre vivos, ó en otra postrimera voluntad hiciere á alguno de sus hijos ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes: que la tal mejoría haya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se hizo la dicha mejoría.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley se reduce á decirnos á qué tiempo se ha de tener consideracion en el valor del caudal del difunto,


para sacar el tercio, y dice espresamente, que aunque la mejora se haya hecho por contrato entre vivos, y haya mediado tiempo, de modo que el caudal haya crecido, ó descrecido, se ha de tener consideracion no al valor que los bienes tenian al tiempo de la mejora, sino al de la muerte: la razon es, porque la legítima ha de tener consideracion al tiempo de la muerte; el tercio es legítima de los hijos y descendientes (aunque no de cada uno en particular); luego se ha de regular con respecto al valor de los bienes al tiempo de la muerte.

*Esc.* Y si no fuese la mejora espresamente de tercio, sino tácita, porque haya sido de una alhaja, y se haya entregado la posesion de ella, si el caudal hubiese disminuido, y no cupiese esta mejora, ¿tendrá que devolver el esceso?

*Ab.* Sí que tendrá: como igualmente el que si fuese del tercio y entregada la posesion, es irrevocable tambien, aun respecto de la parte en que se aumenten los bienes del difunto hasta el tiempo de la muerte; y debe con consideracion al crecimiento aumentársele el tercio en que ha sido mejorado, no obstante que la posesion de esta parte de acrecion no haya sido entregada como hemos dicho en la ley 17; y es escepcion de esta ley 23 el caso de que la mejorasen por causa de matrimonio, como diremos en la ley 29.

*Esc.* ¿Y si no fuese entregada la posesion, y por consiguiente fuese revocable?

*Ab.* Lo mismo en el caso de que no se revoque y confirme con la muerte, debe aumentarse ó disminuirse á proporcion del valor que los bienes tengan al tiempo de ella.

*Esc.* Podemos ir á otra ley, porque no me ocurre mas que preguntar.

## LEY XXIV.

*Cuando el testamento se rompiere ó anulare por causa de pretericion ó exheredacion, en el cual oviere mejoría del tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio y quinto como si el dicho testamento no se rompiese.*

COMENTARIO.

*Ab.* Para la inteligencia de esta ley es preciso sepas que los padres tenian obligacion á instituir á los hijos ó exheredarles, de modo que no instituyéndoles, ni exheredándoles espresamente, el testamento era nulo (se entiende cuando los hijos estaban en la patria potestad), cuya omision y olvido de instituir los herederos es lo que se llama preterición.

*Esc.* ¿Con qué si los hijos no estaban en la patria potestad no habia necesidad de instituirles ó exheredarles?

*Ab.* Por derecho civil no la habia, y el testamento era válido; pero el pretor les concedió el poder pedir contra el testamento del padre, dándoles la posesion de los bienes contra las tablas, que se llamaba *bonorum possessio contra tabulas.*

*Esc.* ¿Qué es eso de *bonorum possessio contra tabulas*?

*Ab.* Antiguamente antes de la invencion del papel se escribian los testamentos en tablas, y la posesion de los bienes que á los hijos emancipados concedió el pretor cuando no eran instituidos ó exheredados, porque el testamento se escribia en tablas, se llamaba *bonorum possessio contra tabulas.*

*Esc.* ¿Con qué los hijos siendo espresamente exheredados no tenian accion contra el testamento?

*Ab.* Para ser por el derecho antiguo de los romanos válidos los testamentos se requeria que el padre hiciese mencion de los hijos, ó instituyéndoles ó espresamente desheredándoles, y por suponerse siempre causa en el padre para la exheredacion no tenian los hijos accion alguna contra tales testamentos; mas despues se les concedió la queja del testamento inoficioso, que quiere decir testamento hecho contra el oficio de piedad, cuando eran exheredados los hijos sin causa.

*Esc.* ¿Qué causas son hoy las justas para exheredar á los hijos?

*Ab.* Primera, las asechanzas contra la vida del padre, la deshonra de palabras y la acusacion contra él, en que se



le siga infamia, á no ser delito contra el Rey, ley 4, tít. 7, Partida 2. Segunda, el adulterio del hijo con la muger de su padre. Tercera, el no dar fianzas para sacar al padre encarcelado por deuda. Cuarta, la hija que se prostituye, sino en el caso que escepciona la ley 5, tít. 7, Partida 6, que es cuando pasando de veinte y cinco años el padre no ha querido casarla. Quinta, el hijo que no cuida de su padre loco ó imposibilitado puede ser exheredado por el juez si muere en demencia, y por el padre si vuelve á su sano juicio, ley 5, tít. 17, Partida 6. Sesta, el no querer redimir al padre cautivo; es de notar que como puedes ver en la ley 6, tít. 7 de la Partida 6 en estos últimos casos no incurren en la pena si los hijos fuesen menores de diez y ocho años. Séptima, el hijo ó hija que casa clandestinamente.

*Esc.* ¿Y en caso de no haber alguna de las causas era nulo el testamento?

*Ab.* En caso de la exheredacion sin espresion de las causas, el testamento era válido y se rompia, y venian á suceder *abintestato.*

*Esc.* ¿Y tenian los hijos exheredados sin causa esa queja de testamento inoficioso?

*Ab.* Sí: y hoy, y aun por derecho de las Auténticas, cuando se rompen los testamentos por la queja del testamento inoficioso, aunque se rompen cuanto á la institucion de herederos, los legados y mandas quedan válidos y subsistentes: en el supuesto de que roto por la queja del testamento inoficioso, la institucion de heredero no valia, y sí los legados y demas mandas; entraba la duda de si la mejora de tercio y quinto es institucion ó legado, y nuestra ley de Toro, quitando las dudas que podia haber sobre el particular, dice espresamente que nulo por preterición, ó roto por la queja de inoficioso, subsistan las mejoras del tercio y quinto.

*Esc.* ¿Con qué las mejoras se reputan como mandas ó legados?

*Ab.* La ley aunque no dice si son instituciones ó legados, quiere en esta parte no tengan la cualidad de institu-

ciones: y así podemos decir que tienen cualidades los mejorados de herederos, como es el que tengan que pagar las deudas prorata, y de prelegados en otras cosas, como en esta de subsistir, aun nulo ó roto el testamento por la exheredacion ó pretericion.

*Esc.* ¿Con qué si el testamento se anulase por otro motivo que el de exheredacion ó pretericion, no subsistirán las mejoras?

*Ab.* Para responder á esa pregunta necesitas saber de cuantos modos se puede anular ó romper el testamento.

*Esc.* Bien: pues dígame vmd. ¿de qué modos se puede anular ó romper el testamento, y en qué casos no se anulan y valen las mejoras, y en cuáles no?

*Ab.* El testamento se anula ó rompe por defecto del testador, por defecto de solemnidad, por defecto de institucion y por falta de heredero: por defecto del testador, como si testase quien no puede hacer testamento, v. gr. el impúbero, furioso &c.

*Esc.* ¿Y en ese caso supongo que no valdrán las mejoras?

*Ab.* Supones bien. Por defecto de solemnidad, si no tuviese el número de testigos ó no fueren aptos para serlo, como las mugeres &c., ó faltase cualquiera de las solemnidades que el derecho prescribe.

*Esc.* ¿Y en este caso de defecto de solemnidad valen las mandas?

*Ab.* No valen. Por defecto de institucion puede consistir ó en que no nombre heredero, ó no nombre heredero á quien debia, v. gr. que omitió á un hijo ó le exheredó sin causa: cuando no nombró heredero, aunque suceden *abintestato* los herederos, valen las mandas y legados que se hayan hecho segun la ley 1, tit. 4, lib. 5 de la Recopilacion; y por consiguiente siendo la mejora un prelegado, valdrá en los casos de pretericion ó exheredacion de hijo, aunque el testamento sea nulo ó rompa; y aunque heredan *abintestato* los hijos exheredados sin causa, valen las mejoras, como espresamente lo dice nuestra ley 24 que vamos esplicando.



*Esc.* ¿Y cuándo se dice faltar el heredero?

*Ab.* Cuando el heredero instituido ó no puede ó no quiere ser heredero, y en ese caso tambien segun la citada ley 1, tít. 4, lib. 5 de la Recopilacion, valen las mandas y legados, y por consiguiente las mejoras de tercio y quinto.

*Esc.* ¿Y cómo puede suceder el caso de que haya mejora, y que no haya heredero, por no querer serlo el instituido ó faltar?

*Ab.* Supon que uno tiene solo un hijo, y de él dos ó tres nietos, instituye al hijo, y mejora á un nieto, y el hijo muere antes que el padre, ó renuncia la herencia.

*Esc.* Ya lo entiendo: y dígame vmd. ¿con qué cuando el testamento falta ó se anula por defecto del testador, ó defecto de solemnidad, tampoco valdrán las mandas y legados que en ellos se hagan, aunque no sean mejoras de tercio y quinto?

*Ab.* Es evidente; y entonces el testamento se anula en un todo; y en los demas casos á falta de heredero, ó de institucion por pretericion ó exheredacion de hijo, se anula ó rompe en cuanto á la institucion de heredero, y en lo demas de mandas y legados subsiste.

*Esc.* Podemos pasar á la ley siguiente.

## LEY XXV.

*El tercio y quinto de mejoría fecho por el testador non se saque de las dotes y donaciones* propter nuptias: *ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion ó particion.*

### *COMENTARIO.*

*Ab.* Como por otra ley de Toro, que es la 29, se manda que los hijos cuando vengan á heredar á sus padres, sean obligados á traer á colacion las donaciones que hubiesen recibido de los padres á quienes viniesen á heredar; y la 23 nos diga que se haya de tener consideracion en el

valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador, para sacar las mejoras hechas á los hijos, parecia que esta regulacion de valor del caudal debia hacerse con inclusion de las dotes, donaciones *propter nuptias*, y otras donaciones que los padres hubiesen hecho á sus hijos. Esta duda quiso la ley presente resolver, mandando espresamente que no se saquen las mejoras del tercio y quinto de las dotes, y demas donaciones que los hijos traen á colacion.

*Esc.* ¿Y cuál es la razon que la ley pudo tener para esta decision?

*Ab.* El que los bienes de las donaciones ya no son de los padres, y aunque se les mande traer á colacion cuando vengan á suceder, es solo para que haya igualdad entre los hijos, y no para otros efectos; ademas que el acto de conferir los bienes es posterior á la muerte del testador, y no se traen á colacion sino en caso de que vengan á heredar; con que mandando la ley 23, que la regulacion del valor de los bienes para sacar las mejoras haya de ser del que tengan al tiempo de la muerte, y á este tiempo los de las dotes y donaciones hechas en vida no sean bienes de los padres, sino de los hijos, aunque despues los traigan á colacion, con razon jurídica está mandado por nuestra ley 25 que no se saquen las mejoras de ellos.

*Esc.* Pregunto: ¿y si el padre entre vivos hubiese hecho mejora de tercio á algun hijo, y entregado la posesion, de modo que sea irrevocable, y despues casase una hija, ó hiciese alguna donacion de las que son los hijos obligados á traer á colacion, se sacarán de ellas el tercio, supuesto de que cuando el padre hizo la mejora las donaciones ó dotes estaban en sus bienes?

*Ab.* No se deben sacar: la razon, porque al tiempo de la muerte, al que se debe tener consideracion, los bienes de aquella dote ó donaciones no estaban en los del difunto, y así como si los bienes se hubiesen aumentado despues de hecha la mejora se aumentaria el valor de éstos, habiéndose disminuido por las dotes ó donaciones hechas á los demas hijos, se disminuirán.

*Esc.* ¿Y si fuese dote, en cuyo caso es irrevocable, y



despues de constituida la mejora por causa de dote, el padre hiciese otras donaciones, en el supuesto de que es árbitra la muger ó su marido escoger, ó con consideracion al valor de los bienes del testador al tiempo de la muerte, ó al tiempo que se hizo la mejora, parece que debia sacarse de las posteriores dotes y donaciones el tercio de la mejora?

*Ab.* No hay duda que con arreglo á la ley 29 de Toro así parece debia hacerse, porque dando eleccion para que escoja ó el valor de los bienes al tiempo de la muerte, ó al constituirse la dote, debe sacarse el tercio de las donaciones posteriores. Hoy no tenemos duda en cuanto á la dote, pues habiendo la ley 1, tít. 12, lib. 5 de la Recopilacion prohibido directa é indirectamente las mejoras de tercio y quinto á las hijas por via de dote, ó con motivo de casamiento, no tenemos cuestion.

*Esc.* ¿Y qué diremos respecto la donacion *propter nuptias* hecha al hijo?

*Ab.* Pues digo que la ley 29 da eleccion, no en el caso de que los hijos traigan á colacion sus dotes y donaciones, sino en el de que no quieran venir á suceder á sus padres, y se quiera decir por los hermanos la donacion de inoficiosa: en este caso solo es cuando manda la ley que vuelva á los demas herederos aquello que esceda de la legítima tercio y quinto: para hacer el cómputo ó saber lo que tienen que devolver, da eleccion para que sea con consideracion al valor de los bienes al tiempo de la donacion ó al de la muerte, y así nunca se saca de las dotes y donaciones el tercio y quinto, y aunque en el caso puede decirse que vino á ser la mejora en tanta cantidad como importó el tercio y quinto de todos los bienes con inclusion de las dotes y donaciones posteriores, en verdad no es sacarla de ellas, sino tener recibido ya de antemano, y antes que estas se constituyesen, una cantidad que equivale al tercio y quinto de todo el caudal, con inclusion de todas las dotes y donaciones que despues salieron de él; pero no se podrá decir que se saca de ellas.

*Esc.* Pues sigamos otra ley, que no me ocurre preguntar en esta mas.

## LEY XXVI.

*Si el padre ó la madre en testamento ó en otra cualquier última voluntad ó por otro algun contrato entre vivos ficieren alguna donacion á alguno de sus hijos, ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto; entiéndese que le mejoran en el tercio y quinto de sus bienes; y que la tal donacion se cuente en el dicho tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que ni á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio y quinto; y si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cuantidad del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre y madre y abuelos, y no en mas.*

### COMENTARIO.

*Esc.* A la verdad que aunque la ley está en castellano no lo entiendo, porque si cualquiera donacion hecha entre vivos, por pequeña que sea, aunque el padre ó la madre no digan que mejoran al hijo, se entiende mejorado en tercio y quinto, y otras leyes nos dicen que entregando la posesion es irrevocable la mejora, sacamos que el padre que da á un hijo cualquiera bagatela, ya no puede disponer á favor de los demas, pues este primero se entiende mejorado en el tercio y quinto, y como las gentes vulgares y no letrados ignoran esta ley, les sucederá muchos chascos con las donaciones que hagan á sus hijos, y á la verdad que yo ignoro en qué se funde esta ley, pues aquí no se puede decir que el padre quiso hacer al hijo, á quien hizo alguna corta donacion, mejora del tercio y quinto; ademas que me parece que en la práctica he visto lo contrario; con que sin duda que la ley se puede entender del modo que yo no comprendo

*Ab.* Sin duda que has equivocado la inteligencia de la ley: esta no dice que hecha donacion entre vivos ó por última voluntad se entienda el hijo mejorado en todo el tercio y quinto; lo que dice es, que se entiende mejorado



en aquella parte que se haya hecho, y que debe computarse en tercio y quinto, para que solo pueda dar á los demas hijos y descendientes por via de mejora hasta el cumplimiento de tercio y quinto.

*Esc.* Póngame vmd. un ejemplo.

*Ab.* Supon tú que das á un hijo en vida por contrato mil: lo que dice la ley es que se entiendan estos mil como parte de mejora de tercio y quinto: supongamos tambien que todo el tercio y quinto de tu caudal asciende á cinco mil reales, solo podrás disponer ya de cuatro á favor de los demas ó del mismo hijo, pero no de cinco mil, porque la donacion de los mil se entiende en parte de tercio y quinto; pero no dice la ley que este hijo á quien donaste los mil se entienda mejorado en todos los cinco que importa el tercio y quinto de tus bienes; y asi en el caso de que sea tan grande la donacion que esceda de su legítima tercio y quinto, en lo que esceda (ademas de no poder el padre mejorar á otro) tiene, como inoficiosa la donacion, que volver á los demas hermanos.

*Esc.* Lo entiendo; ¿pero en eso qué duda podia haber?

*Ab.* No es cosa si podia haber. ¿No tenemos dicho que para las mejoras se ha de computar el valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador, y que no se deben sacar de las dotes y donaciones hechas en vida, porque los de aquellas ya no son bienes del difunto, sino de sus hijos?

*Esc.* Es cierto que asi lo dicen estas leyes de Toro.

*Ab.* Con que si la ley no lo dijese no se computarian ó se regularian en el tercio y quinto las donaciones hechas en vida por contrato entre vivos; pero la ley 26 que vamos esplicando, queriendo que fuese legítima de los hijos todo el caudal, á escepcion del tercio y quinto, y que en tercio solo pudiese el padre disponer á favor de los descendientes, haciéndose cargo del fraude que podia haber contra la legítima de los hijos, dando á los que el padre privilegiara en vida á medida de sus deseos, cortó este camino ó medio de defraudar las intenciones de las leyes, y manda para ello, que ni en testamento ni en vida pueda el padre dar á los hijos ó descendientes predilectos mas que el

tercio y quinto; y asi que todas las donaciones hechas á estos se computen en dicho tercio y quinto; y en caso de que sean escesivas, en lo que escedan de su legítima tercio y quinto como inoficiosas no valgan, háyanse dado con título de mejora de tercio y quinto, ó por otro cualquiera contrato entre vivos, ó con nombre de legado en el testamento.

*Esc.* Y lo que diesen los padres entre vivos á los estraños ¿se deberá computar en el quinto?

*Ab.* No: porque no lo dice la ley, y no hay la misma razon. Á los estraños ya se van todos con cuidado en dar, y mas en vida; y asi no hay necesidad de ley que contenga abusos que no se advierten; pero á los hijos, como la esperiencia enseña, de que el amor desordenado hácia algunos sea motivo para darles con esceso, y sin mas causa que dejarse llevar del amor, tuvo esta ley justo motivo de oponerse á aquel esceso.

*Esc.* Me hago cargo de que en dar en vida á los estraños no hay esceso, porque todos se van con mucho tiento cuando dan, y en lo regular es con mucho motivo y justa causa lo que se desembolsa á favor de los estraños.

## LEY XXVII.

*Mandamos, que cuando el padre ó la madre mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra cualquier última voluntad, ó por contrato entre vivos, que le puedan poner el gravámen que quisieren, asi de restitucion, como de fideicomiso; y hacer en dicho tercio los vínculos, sumisiones y sustituciones que quisieren, con tanto que los hagan entre sus descendientes legítimos; y á falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegítimos, que hayan derecho de los poder heredar; y á falta de los dichos descendientes, que lo puedan hacer entre sus ascendientes; y á falta de los susodichos puedan hacer las dichas sumisiones entre sus parientes; y á falta de parientes entre los estraños: y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho tercio. Los cuales dichos vínculos y sumisiones, ora se hagan en el dicho tercio de mejora, ora en el quinto, mandamos que valgan para siempre, ó por el tiempo que el testador declare, sin hacer diferencia de cuarta ni quinta generacion.*



## COMENTARIO.

*Esc.* Á la verdad que yo no entiendo ¿qué es gravámen de restitucion ó fideicomiso?

*Ab.* Gravámen de restitucion es y se dirá si el padre dijese al mejorado, que desde tal ó tal tiempo restituya la mejora, ó desde luego dé parte de ella á otro: fideicomiso, si se encargase á la fe y confianza de alguno el que dé parte ó todo á quien se manda.

*Esc.* Y vínculos, sumisiones y sustituciones ¿qué son?

*Ab.* El vínculo consiste en prohibir la enagenacion de las cosas contenidas en las mejoras para que sucedan los llamados en ellas: sustituciones, lo mismo que llamamientos en las mejoras, como el que v. gr. despues de su vida suceda Pedro &c.: sumisiones viene á ser lo mismo que sustituciones, aunque tiene mas lato significado, porque comprende cualquiera gravámen en que se someta, ó tenga que contar con el otro, en cuyo favor es la sumision; v. gr. que no pueda arrendar la tierra de la mejora, sino que la labre por sí, y que caso de que convenga darla en arrendamiento, sea con asistencia y beneplácito de N.; de modo, que cualquiera gravámen que quite al mejorado la absoluta libertad, y tenga que someterse á la voluntad agena, se puede llamar sumision.

*Esc.* Ya lo entiendo, y veo por la ley el orden que el padre ó madre han de observar en los vínculos y gravámenes que pueden poner sobre las mejoras, siendo primeros los descendientes legítimos; los segundos los ilegítimos que hayan derecho de los heredar; terceros los ascendientes; cuartos los demas parientes colaterales, y los estraños los últimos.

*Ab.* Asi es el orden que prescribe esta ley.

*Esc.* Dígame vmd.: si un padre hubiese hecho en vida

la mejora de tercio sin gravamen alguno, ¿podrá despues de pasado tiempo ponérsele?

*Ab.* Distingo: ó fue irrevocable, segun lo que llevamos dicho en las leyes que tratan de cuando no se pueden ó cuando se pueden las mejoras revocar, y en estos casos no puede despues ponerla gravamen, ó la mejora es revocable, y entonces puede.

*Esc.* Y lo que esta ley prescribe en cuanto al orden á favor de quiénes se ha de poner el gravamen ha de ser no estando vivos los primeros, ó aunque vivan todos, ¿se podrán llamar por orden, v. gr. despues de los dias de la vida de mi hijo sucedan mis nietos, á falta de estos mi padre, y á falta de mi padre mis hermanos &c.?

*Ab.* Autor ha habido que ha dicho que no se puede hacer el llamamiento como has puesto por ejemplo, y que solo á favor del mas inmediato de los que están vivos, sin que se entienda á favor de aquellos que tienen delante de sí otros primeros en el orden; pero luego, mejor meditada la ley, se retractó. Yo no dudo que aunque todos vivan se pueden hacer los llamamientos por el orden que la ley propone: atiende á las palabras con que concluye: »Los cua»les dichos vínculos y submisiones, ora se hagan en el dicho »tercio de mejoría, ora en el quinto, mandamos que valga »para siempre, ó por el tiempo que el testador declare, »sin hacer diferencia de cuarta ó quinta generacion." Ya ves cuan dificil seria de que el testador conociese quinta generacion con todos los demas primeros, en el orden que la ley prescribe, muertos.

*Esc.* No tengo duda de que con las palabras finales de esta ley se resuelve mi dificultad.

*Ab.* Ahora es preciso que sepas el que por real decreto del Señor Cárlos IV, su fecha 28 de Abril de 1789, se prohibe la facultad de vincular directa ni indirectamente *in perpetuum* los bienes raices sin espresa licencia del Rey: con que hoy esta parte de la ley, en que dice que pueden ponerse vínculos, y prohibir la enagenacion para siempre á favor de los que por su orden señale la ley, está derogada, y hoy no se puede hacer vinculacion para



siempre en bienes raices sin licencia del Rey.

*Esc.* Con que por tiempo ¿si se podrá?

*Ab.* Dejemos esto para cuando tratemos de mayorazgos en las leyes que tratan de la materia, por no repetir, y allí se insertará el nuevo real decreto á la letra.

*Esc.* Pues vamos á otra ley.

## LEY XXVIII.

*La ley del Fuero, que permite que el que tuviere hijo ó descendiente legítimo pueda hacer donacion fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas; y la otra ley del Fuero, que asimismo permite que puedan mandar, teniendo hijos ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte, la quinta parte de sus bienes; se entienda y platique que por virtud de la una ley y de la otra no pueda mandar el padre ni la madre á ninguno de sus hijos ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida y muerte.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley se reduce á declarar la duda que nacia de las dos leyes del Fuero, la una que permitia á los padres hacer donacion en vida á cualquier hijo y descendiente legítimo, y la otra que le permitia mandar en testamento el quinto; y la duda era si en virtud de estas dos leyes el padre podia dejar á los descendientes dos quintos, el uno en vida y el otro en testamento, y decide que solo un quinto en vida y muerte.

*Esc.* ¿Pues el padre no puede mejorar en quinto y tercio?

*Ab.* Sí: en un tercio y en un quinto, pero no en un tercio y dos quintos, uno en vida y otro en muerte, en virtud de las dos leyes del Fuero.

*Esc.* Con que si un padre donase á un hijo alguna cosa en vida, y tuviese hecha donacion á otro del tercio, ¿esta donacion se ha de computar en el quinto?

*Ab.* Asi debe hacerse, pues esta ley habla de las donaciones hechas á los hijos, y como dije ya, lo que se da á

los hijos en vida se computa en el tercio y quinto, por evitar el que los padres por un afecto desordenado á algun hijo le diesen, aun en vida, sin causa ni motivo, en perjuicio de los demas hijos, cuyo peligro no hay respecto de los estraños; pero habiéndole aunque no tanto para despues de la vida, en cuyo tiempo se desprende de todos los bienes, y no ser estraño que por venganza por algun sentimiento con el hijo se mandase demasiado á los estraños, se ha prescrito el que no pueda disponer á favor de ellos mas que del quinto.

*Esc.* ¿Con qué podrá el padre mandar en vida á los estraños un quinto, y en testamento otro?

*Ab.* No es eso lo que he dicho, sino que las leyes que tratan de regular las mejoras, mandas y donaciones por inoficiosas, si esceden de la legítima y tercio y quinto, no dicen que se haya de computar lo dado á los estraños en vida, y que esta ley que habla de no mandar dos quintos, habla de los hijos y descendientes; pero no por eso es de creer el que se podia mandar á los estraños dos quintos, uno en vida y otro en muerte, sino que las donaciones, limosnas &c. que se hagan por el padre en vida, de modo que pase el dominio á los estraños, no se han de computar para el quinto y tercio, porque no lo mandan las leyes que hemos comentado; mas no por eso digo que las mandas que se hacen en vida á los estraños, siendo mandas que han de tener su efecto despues de la muerte, no se hayan de computar en el quinto.

*Esc.* Con que si un padre mandase en vida á un estraño, sin que pase el dominio de luego á él alguna cosa, se debe computar en el quinto; pero lo que diese en vida, ya de regalos, limosnas, y otras donaciones inter vivos, no se deben computar en el quinto, ni en el caso que se deje á estraños, ni que se mejore á descendientes, pues las leyes solo hablan de lo dado á los hijos, á quienes por el afecto desordenado podian los padres dar en vida con esceso en perjuicio de los demas, cuya contingencia no hay respecto de los estraños, y por lo mismo no ha habido necesidad de ley que lo prohiba.



*Ab.* Asi es lo cierto: por lo que uno que toda la vida esté haciendo limosnas y usando de generosidad con estraños, puede no obstante mandar por su alma, ó á pobres, ó á estraños el íntegro quinto de sus bienes, y á los hijos el tercio, sin deducirse de ellos las limosnas y generosidades que á los estraños en vida haya hecho; pero si las mandas que se han de confirmar con su muerte, lo mismo que las demas que se hagan en el testamento: la razon ademas de la dicha, es porque lo dado á estraños en vida ya no lo tiene en sus bienes; y los estraños cuando suceden á alguno *ex testamento* no tienen que traer á colacion lo que de él hayan recibido, como tienen que traerlo los hijos y descendientes legítimos.

*Esc.* No entiendo que es eso de traer á colacion.

*Ab.* Pues en la ley 29 siguiente que se trata de la materia lo sabrás: vamos á ella.

## LEY XXIX.

*Cuando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos y sus herederos á traer á colacion y particion la dote, y donacion* propter nuptias, *y las otras donaciones que obiere recebido de aquel cuyos bienes vienen á heredar; pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer: salvo si la tal dote, ó donaciones fueron inoficiosas; que en este caso mandamos, que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos y descendientes en lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que toca á las dotes, puesto que sea durante el matrimonio, á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inoficiosas, para que lo partan entre sí. Y para se decir la tal dote inoficiosa se mire á lo que escede de su legítima, y tercio y quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia hacer la dicha mejoría cuando hizo la donacion, ó dió la dicha dote; habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fue constituida ó mandada, ó al tiempo de la muerte del*

*que dió la dicha dote, ó la prometió, do mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada; pero las otras donaciones que se dieren á los hijos, mandamos, que para se decir inoficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Ahora sabrás qué es colacion: diremos en primer lugar qué es colacion, en segundo quiénes son obligados á conferir y el motivo de su introduccion, y en tercero qué bienes son los que se deben traer á colacion.

*Esc.* ¿Qué es colacion?

*Ab.* Colacion es *rei propriæ in commune latio pro hæreditariis portionibus dividenda.* La colacion se dice el llevar los bienes propios á juntar con los de aquel á quien se quiere suceder para que se dividan con ellos, segun las porciones ó partes que se hagan de la herencia.

*Esc.* ¿Y quiénes son obligados á conferir ó á llevar á colacion sus bienes?

*Ab.* Solo los hijos cuando traten de suceder á sus padres, sin diferencia de que estén en la potestad ó emancipados, que sean hembras ó varones, que sucedan á padres ó madres, y todos tienen que traer á colacion los bienes que en vida hayan recibido de aquellos á quienes sucedan.

*Esc.* ¿Y por qué causa se introdujo esta colacion?

*Ab.* Antiguamente los hijos emancipados no sucedian á sus padres: despues se les concedió el que sucediesen, dándoles contra el testamento del padre que no les dejaba herederos el remedio que se llamaba *bonorum possessio contra tabulas.* De esto se seguia una desigualdad y perjuicio á los hijos que estaban en la potestad, porque los emancipados, ademas de suceder con los otros hijos por iguales partes, se quedaban con los bienes que habian recibido de sus padres, que no sucedia á los que estaban en la potestad, porque estos nada propio podian tener. Para remedio de esta desigualdad que resultaba se inventó el medio de que los hijos emancipados cuando quisieren suceder á



sus padres hubiesen de traer á colacion para partir entre todos los bienes propios suyos que habian adquirido y tenido de aquel padre á quien querian suceder.

*Esc.* ¿Pero es esa misma la causa que nuestras leyes tienen para la colacion?

*Ab.* El motivo dicho es el que hubo para la introduccion en el derecho romano: hoy la causa es la igualdad entre los hermanos, y evitar envidias, pues nuestras leyes no conocen para la sucesion la diferencia de hijos emancipados y no emancipados.

*Esc.* ¿Y qué cosas son las que los hijos y descendientes, queriendo venir á partir la herencia de sus ascendientes, tienen que traer á colacion?

*Ab.* Ya hemos dicho que han de ser las cosas que en vida hayan recibido de ellos, de que se deduce que lo que en testamento hayan recibido no se trae á colacion, sino que en ello se entiende mejorado el hijo.

*Esc.* ¿Con qué las cosas que el padre diga que no se confieran no se traen á colacion?

*Ab.* Es constante de que á colacion solo se traen las donaciones que tácita ó espresamente se entiende el padre les ha dado en parte de su legítima, porque si ó constase que el padre se las ha dado sin querer se imputen en la legítima, ó fuesen las donaciones de calidad que se presuman haber sido con ánimo de que no se imputen, entonces no se traen á colacion, sino que el hijo se entiende mejorado en ellas.

*Esc.* Con que aunque sean dotes y donaciones *propter nuptias*, si el padre dijese que no se traigan á colacion, no se traerán: lo contrario dice esta ley, con que yo no lo entiendo.

*Ab.* Esta ley dice generalmente que se traigan á colacion, porque se presume que el padre las ha dado á cuenta de la legítima, y no dice que el padre no puede darlas por mejora del tercio y quinto si quiere, antes bien la contrario tenemos en las leyes antecedentes; y asi esta 29 dice que estas donaciones y dotes se confieran ó traigan á colacion, y la razon es porque se entienden dadas en cuenta de la legítima.

*Esc.* Con que en conclusion ¿el traer los hijos á colacion los bienes que han habido de sus padres pende de su voluntad?

*Ab.* Pero con la limitacion de que no puede esceder lo que el padre voluntariamente quiera dar, sin que venga á colacion (esto es mejorar) del tercio y quinto de sus bienes, en la conformidad que hemos dicho en las leyes anteriores.

*Esc.* ¿Con qué toda la dificultad cuando el padre no dice si les ha querido mejorar ó no es el acertar con la voluntad del padre?

*Ab.* Supuesto que el padre puede mejorar, no escediendo del quinto y tercio, en las donaciones que no esceda puede mandar ó no que se confieran; pero cuando nada dice es cuando hablan las leyes 26 y esta 29 que parecen contrarias; esta dice que las dotes y donaciones *propter nuptias*, y las otras donaciones las traigan los hijos á colacion: la ley 26 dice que en las donaciones que los padres hagan á los hijos en testamento ó por contrato entre vivos, aunque los padres no digan que les mejoran, se entienden mejorados, que es lo mismo que decir que no se computen en la legítima, sino en el tercio y quinto: entenderse mejorado en ellas, como dice la una ley, cuando nada dijese el padre, y que se confieran en la legítima, como dice esta ley 29, es contrario: los legisladores son los mismos, y las leyes no fueron hechas en diversos tiempos: con que sin duda que no pueden ser contrarias, y que cada ley habla de donaciones diversas.

*Esc.* Es constante de que siendo los legisladores los mismos, y que fueron estas leyes hechas á un mismo tiempo, parece que no deben ser contrarias, y que hablarán de donaciones diversas, porque si los legisladores fuesen diversos los de una ley que los de otra, ó fuesen hechas en diversos tiempos, diriamos que la última habia corregido y revocado la primera: en este supuesto quisiera se conciliasen estas dos leyes que parece estan contrarias.

*Ab.* Las dos leyes vienen á decir que en la dote y donaciones *propter nuptias*, y demas de esta clase, como da-



das por causa y como por obligacion de los padres, se entienden á cuenta de la legítima, y por lo mismo deben traerse á colacion, que es el caso de nuestra ley 29; pero las donaciones remuneratorias ó gracias hechas por los padres en el hecho solo (si lo contrario no dijesen) se entiende; en las remuneratorias, que es en paga y remuneracion, y no en cuenta de la legítima; y en las mere graciosas y sin causa obligatoria de parte del padre se entiende que las da, no á cuenta de la legítima, sino del tercio y quinto en que puede arbitrar, y por lo mismo que les mejora en ellas, lo mismo hechas entre vivos que en testamento; y este es el caso de la ley 26, porque la 29, señalando dotes y donaciones *propter nuptias* y otras, supone de aquella naturaleza, y esta ley es como restriccion de la 26, no revocacion: con que estas donaciones de que no habla la ley 29 son mejoras lo mismo hechas en vida que en testamento, y no se deben computar en la legítima.

*Esc.* Entiendo que hablando la ley 26 de donaciones generalmente, y despues en seguida mandando la ley 29 que se traigan á colacion las dotes, donaciones *propter nuptias* y otras de igual clase, restringe en esta parte la generalidad de la 26, y sacamos que todas las donaciones que no sean de la clase de las dotes y donaciones *propter nuptias* no se deben traer á colacion, y sí computar mejoras para que los padres no puedan hacer otras á otros hijos ó descendientes, sino en la parte que sobre ellas restase hasta el quinto y tercio, y se traerán á colacion ó no se traerán, segun espresamente lo mande el padre.

*Ab.* Eso tiene su mas y su menos: segun lo mande el padre al tiempo que hace las dichas donaciones, sí; pero pasado tiempo, si la donacion hecha por mejora es de las irrevocables, aunque el padre diga despues se traiga á colacion, no se traerá; y se computará en el quinto y tercio, como si entregó la posesion de ella &c.

*Esc.* Ya lo entiendo; pero siempre consistió en la voluntad del padre que quiso, ó se entiende quiso cuando la hizo el que no se confiriese, lo que despues por ser irrevocable no puede deshacer.

*Ab.* Amigo, tienes razon: si hubieras dicho, segun lo quiera cuando hizo la donacion; pero has dicho, segun lo mande el padre: ya ves que el padre puede mandar el que se confiera cuando ya no pueda por haber sido la donacion irrevocable; pero siempre puede mandar que no se traigan á colacion aunque sean dotes, como no escedan del quinto y tercio.

*Esc.* La ley nos dice á qué tiempo se ha de mirar el valor de los bienes para computar si la donacion escedió ó no, y está claro de que en la dote es á eleccion de la mejorada ó el tiempo en que se constituyó la dote ó el de la muerte del mejorante, y que en las demas donaciones que se dieren á los hijos se deberá regular el valor de los bienes del difunto al tiempo de su muerte.

*Ab.* Bien está todo eso segun esta ley; pero teniendo como tenemos hoy la ley 1, tít. 2, lib. 5 de la Recopilacion, que prohibe directa ó indirectamente el que á las hijas por causa de matrimonio se les pueda mejorar en tercio y quinto, sacamos que siempre tienen que traer la dote á colacion.

*Esc.* Pregunto: ¿y si no quisieren venir á heredar, ó que renunciasen la herencia, tendrán obligacion á volver lo que esceda de su legítima, supuesto de que ni directa ni indirectamente pudieron ser mejoradas por causa de matrimonio?

*Ab.* Has tocado en un punto en el que juzgo que hoy en la práctica se cometen muchos yerros, y para decidirle es forzoso leas la ley citada de la Recopilacion, que es la que hoy como mas moderna debe regir.

*Esc.* Ya me he hecho cargo de ella.

*Ab.* Lee ahora la 5 del mismo libro y tít., que aun es mas moderna, y manda se observe la primera.

*Esc.* Tambien estoy hecho cargo de ella.

*Ab.* Con que siempre que las dotes no escedan de la cantidad que prescriben las leyes citadas, y las hijas renunciasen la herencia de sus padres, no tendrán que volver cosa alguna, y si vienen á heredar deberán traerlas á colacion; pero si escediesen de las cantidades que señalan las leyes ya ves que la ley 5 manda se aplique el esceso á la Cámara, y cuando hubiese mejora de tercio y quinto segun la ley primera no valen.



*Esc.* Las cantidades que señala la ley son para las personas que tienen rentas copiosas; pero las que no tienen sino unos cortos bienes, si diesen sin esceder de los seiscientos mil maravedises de dote, que este segun el caudal supongamos escede de la legítima, y se tratase de dividir la herencia del padre, y el hijo político por no traer la dote á colacion renunciase la herencia, ¿qué se ha de hacer?

*Ab.* De modo que siempre que la dote no esceda de lo que la ley prescribe siempre será válida, y renunciando la herencia no tendrá que venir á colacion.

*Esc.* Mas supongamos que la dote no escede de lo que la ley prescribe; pero que el caudal del padre se disminuyó de modo que escede la dote no solo á la legítima sino al tercio y quinto.

*Ab.* Aun supuesto de que la dote no esceda á lo que la ley prescribe, tampoco puede esceder de la legítima tercio y quinto del caudal del padre al tiempo que hizo ó dió la dote, porque la ley dice que no pueda esceder: con que uno aunque tenga muy poco caudal, no escediendo de aquella menor cantidad que la ley señala, no contraviene á ella; pero puede esta ser mayor que la legítima tercio y quinto, y en este caso siempre tiene contra sí las leyes que llaman inoficiosas á las dotes que esceden de la legítima tercio y quinto, cuál es esta 29, y por lo mismo tendria que volver el esceso; pero si no escedia con consideracion á los bienes que el padre tenia al tiempo de la dote, aunque escediese con consideracion al valor de ellos al tiempo de la muerte, tendria la eleccion que esta ley le concede; y aun hay mas, que no solo tendria que volver la parte en que se dice inoficiosa segun esta ley, sí tambien todo lo que escediese de la legítima con consideracion al valor de los bienes al tiempo que eligiese, ó de la muerte ó de la constitucion de dote, porque la ley primera no dice que puedan todos los padres dar aquella menor cantidad que señala, sino que no puedan esceder; y luego dice que ni directa

ni indirectamente puedan ser mejorados en tercio y quinto: con que si la dote escede de la legítima, aunque no esce- diese de lo que la ley señala, por ser el padre de cortísimos bienes ya habia indirectamente mejora, y por lo mismo deberia devolver al caudal la parte que esceda de su legítima, con consideracion al valor de los bienes al tiempo que elija ó de la donacion de la dote ó de la muerte.

*Esc.* ¿Con qué sacamos en conclusion que las dotes no pueden esceder de la legítima con consideracion al valor de los bienes al tiempo que mas valgan?

*Ab.* Esa conclusion se saca de las dos leyes, y en eso juzgo que hay equivocaciones en lo que se practica en algunas partes, porque teniendo los abogados mas en la memoria la ley de Toro 29 que vamos comentando que la primera del tít. 2, lib. 5 de la Recopilacion, se gobiernan por ella, dejando á las dotes la legítima, tercio y quinto, ó hasta donde alcancen de él; y no debe ser asi, porque la ley primera y la quinta en su confirmacion son mucho posteriores, y derogan á esta 29 de Toro, en lo que son contrarias: la primera, ademas de señalar las cantidades de que no deben esceder las dotes que se den á las hijas, dice que no se puedan por causa de matrimonio mejorar directa ni indirectamente, con que espresamente prohibe el que puedan esceder de las legítimas; bien que les quede la eleccion que esta ley 29 las da de escoger para la regulacion del valor del caudal, ó el tiempo de la donacion de la dote ó de la muerte del padre que dotó.

*Esc.* Pero esta ley primera creo que es derogada por la costumbre.

*Ab.* Para que la costumbre derogue una ley es preciso el consentimiento del príncipe y ánimo de introducir la costumbre, lo que aqui no hay, porque ni hay consentimiento del príncipe ni ánimo de introducir costumbre, sino en mi entender cada acto en contrario ha sido efecto de ignorancia, en que el letrado que ha decidido y hecho la division ha ignorado la ley de la Recopilacion, y ha tenido presente esta ley 29 de Toro; y asi no ha sido el ánimo de derogar la ley primera, sino querer observar esta



ley 29 de Toro, ignorando haber otra ley mas moderna en contrario.

*Esc.* Pero en la observancia de la ley primera hay un grande engaño para el que casa con la hija, pues ofreciéndole y dándole veinte, v. gr. se halla despues con solo diez.

*Ab.* Ya sabes, y sino sépaslo, que el error de derecho y engaño que por él se padece no debe aprovechar á quien le padece; y asi como uno que ignore la ley 29, y le dieran veinte si escedia de la legítima tercio y quinto, segun ella deberia devolver el esceso como de dote inoficiosa, sin que le aprovechase la ignorancia; lo mismo le sucederia al que ignorase el contenido de la ley 1, tít. 2 del lib. 5 de la Recopilacion.

*Esc.* Pues yo he visto muchos casos en que se han hecho las particiones con arreglo á la ley 29 de Toro, quedándose las hijas con las dotes escesivas á sus legítimas, habida consideracion al tiempo que mas ha valido el caudal del padre.

*Ab.* Lo creo muy bien, como que ha sido efecto de ignorancia, como otras muchas cosas que se han ejecutado por error y pasan.

*Esc.* ¿Con qué á los hijos, aunque sea por causa de matrimonio, se les puede dar lo que los padres quieran?

*Ab.* La ley 1 y 5 del tít. 2, lib. 5 de la Recopilacion solo fue á cortar los abusos respecto de las dotes que se daban y ofrecian á las hijas y no á los hijos; y asi no siendo la donacion por causa de matrimonio y á hija en todas las demas donaciones hechas á las hijas y todas las hechas á los hijos, aunque sea por causa de matrimonio, rige la decision de esta ley 29 y demas de Toro, y solo se dirán inoficiosas y tendrán que volver al caudal (cuando no quieran heredar á sus padres) en lo que escediesen de legítima, tercio y quinto, con consideracion al tiempo de la muerte, pues esta ley la eleccion solo la da en las dotes y no en las demas donaciones, antes espresamente dice se haya de tener consideracion al valor del caudal al tiempo de la muerte del padre, cuyos bienes se trata de dividir.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y los gastos que el padre haya hecho con los hijos en estudios y libros que les hayan comprado se deben traer á colacion computándose en la legítima, ó se han de computar en tercio y quinto como mejora?

*Ab.* Como la decision dependa de la voluntad del padre, y ánimo de que fuesen en cuenta de su legitima ó no, por supuesto de que si el padre dijo que habian sido hechos, no en cuenta de la legítima del hijo, se entiende mejora, *la cual* no puede el padre despues revocar por ser hecha entrega de *ella*: tambien es constante deben traerse á colacion si el padre protestó en el asiento en donde llevaba la cuenta y razon de ellos de que los hacia á cuenta de la legítima, en cuyos dos casos no tenemos duda, y la duda estará solo en el de que el padre nada dijese.

*Esc.* Pues supongamos que el padre nada dijo en favor del hijo ni en contra, ni se halló que llevase cuenta y razon de lo que con el hijo hubo gastado.

*Ab.* En este caso la presuncion está á favor del hijo, pues mal podia decir lo que habia de traer á colacion si no llevaba cuenta y razon. La ley 5 de la Partida 6 en el título 15 está terminante en que no deben traerse á colacion con los hermanos los libros ni gastos hechos en los estudios, por reputarse como bienes castrenses, supuesto de que no solo son hechos en favor del hijo, sino en comun favor de todos, por lo que á la república interesa la instruccion de sus individuos; por lo mismo digo que á no ser que el padre proteste que los hace de cuenta de la legítima del hijo, ó que el hijo tenga bienes en poder del padre, no se le deben contar, y deben entenderse hechos de cuenta del padre; ni basta el que el padre lleve cuenta y razon de ellos, como en la cuenta y razon no diga ó proteste de que son en cuenta de la legítima: la razon es constante, la ley citada de la Partida como bienes casi castrenses quiere no se computen en la legítima: el hecho de llevar el padre cuenta y razon cuando en ella no protesta que son hechos en cuenta de la legítima, mas antes se puede decir que es por saber lo que gasta y no mejorar á otros hijos, ó mejorarles en lo que quepa, que porque se imputen en la legítima.



*Esc.* Dígame vmd. ¿si un padre hizo gastos en estudios con hijos sin ánimo de computarlos en la legítima, y despues en el testamento mandase que los traiga á colacion, deberá traerlos?

*Ab.* Si consta de que es nueva la voluntad del padre en que al hijo se le computen, no deben traerse, porque como la donacion fue irrevocable porque hubo tradicion, el padre no puede revocarla; v. gr. si el padre dice: es mi voluntad de que mi hijo traiga á colacion los gastos que con él he hecho &c., sin que conste la protestacion ni la voluntad anterior; pero si el padre dijese quiero que á mi hijo se le cuenten los gastos de estudios &c. que con él tengo hecho en cuenta de su legítima, deberá traerlos si espresamente no constase que es el ánimo y voluntad nueva, pues al dicho del padre en duda se debe creer.

*Esc.* ¿Con qué en sustancia la presuncion siempre está por el hijo segun la ley citada de la Partida?

*Ab.* Así es lo cierto, de modo que si el padre muere sin testamento, y no consta que fueron los gastos hechos de cuenta de su legítima, no se deben traer á colacion: si constan de que fueron por mejora (porque el padre lo tenia dicho), aunque despues en el testamento mande que se traigan á colacion, como fue mejora irrevocable, no se deben traer. El asiento solo de los gastos sin la protesta de que se hacen con ánimo y de cuenta de la legítima, digan lo que digan algunos, nada influye contra el hijo, siendo como es la presuncion dudosa, y tener la ley de Partida á su favor: si nada dice el padre en el testamento en orden á los gastos del hijo, tampoco se le deben computar, y se entiende donacion; porque si lo contrario quisiera el padre, supuesto que hace testamento lo dijera: pero si el padre hace testamento, y asegura que su intencion en los gastos hechos con su hijo en estudios, libros &c., siempre fue por cuenta de su legítima, ó de que se le contasen (que es la espresion comun), si lo contrario no consta, se ha de creer al padre, y se deben traer á colacion.

*Esc.* Pues en el caso de que el padre protestase ser de cuenta de la legítima cuando los hizo, ó que sin cosa en contrario dijese en su testamento se le cuenten por haber sido

su ánimo fuesen de cuenta de la legítima, en estos dos casos que deben traerlos á colacion, deberán rebajarse los gastos que habia de hacer en casa en sus alimentos?

*Ab.* Es cierto que solo en los dos casos deberá el hijo computar en su legítima los gastos de estudios y libros, y sin duda que de ellos deben rebajarse aquellos que en casa habia de haber hecho.

*Esc.* Pues supongamos que su padre no era sugeto de muchas conveniencias, y por lo mismo que le habia de hacer trabajar como á los demas hermanos el tiempo que les tuvo en su potestad y habia de haber ganado la comida, ¿en este caso de los gastos hechos en los estudios se deberá rebajar aquellos moderados alimentos que necesitaba aun en casa de su padre?

*Ab.* ¿Qué te parece á tí?

*Esc.* Que no se deben rebajar: la razon, porque este si no hubiera estudiado, aunque es cierto que hubiera gastado en los alimentos precisos en la casa de su padre, tambien hubiera ganado para ellos.

*Ab.* No es juzgar las cosas bien por la superficie: si el padre le hubiese tenido sin hacer cosa alguna ¿le podia contar los alimentos en su legítima?

*Esc.* Me parece que no.

*Ab.* ¿Y por qué no se le debia á este hijo computar en su legítima lo que comió y vistió?

*Esc.* Porque el padre tiene obligacion á mantenerle, y el que no hubiese trabajado para ganar la comida es culpa y omision del padre.

*Ab.* Pues ahora bien: el padre debe al hijo los alimentos aunque le deje ser un paseante; ¿pues cuánto mas acreedor será á no perder este derecho de alimentos el hijo obedeciendo á su padre por ocuparse en los estudios?

*Esc.* Quedo convencido de que aun en el caso de que los gastos del hijo estudiante se le computen en la legítima han de ser con deduccion de los que en casa de sus padres hubiera hecho en comer y vestir, segun su calidad y estilo de la tierra.

*Ab.* Sepas que cuando decimos si se confieren ó no gas-



tos de estudios, libros &c., y aun todo lo demas que en esta ley se trata, se entiende en la legítima; pero ten por regla general que todo lo que el padre haya dado ó donado al hijo en vida, que no se confiere en la legítima, como lo que done en testamento, que tampoco se confiera, siempre se computa en el tercio y quinto de los bienes; pues el padre aunque puede mejorar en vida ó en muerte á los hijos y descendientes, se entiende solo en cuanto que no pase el quinto y tercio, no en perjuicio de la legítima de los demas hijos.

*Esc.* Y dígame vmd. ¿lo que un padre gastase en redimir de cautivos un hijo se computará en su legítima?

*Ab.* Lo mismo que tenemos dicho en los estudios y libros, si el padre no protestase que es á cuenta de su legítima porque se entiende hacerlo por efecto de piedad, no se computa; pero sí en el tercio y quinto, para que no pueda mejorar á otro hijo en mas.

*Esc.* ¿Y si el padre pagase una multa por el hijo?

*Ab.* Si el padre no dice que la paga á cuenta de su legítima, se entiende mejorado, y que fue *causa pietatis*, y lo mismo se ha de decir cuando un padre concede ó dona alguna cosa á un hijo por sus méritos y servicios, que aunque no se confiere en la legítima, se computa como mejora en el tercio y quinto.

*Esc.* ¿Y los gastos hechos con el hijo para el logro de una dignidad ó la compra que el padre haga de un oficio para él, se debe conferir en la legítima?

*Ab.* Hoy viene bien la misma distincion sin necesitar de usar de las de las leyes romanas, en sí son enagenables los oficios y transmisibles ó no; esto es, que por nuestra jurisprudencia se debe decir ó el padre ha protestado que los gastos ó compra fuesen en cuenta de su legítima, en cuyo caso deben venir á colacion ó no; y en este caso se entienden los hijos mejorados en lo que quepa en el tercio y quinto, y en nada mas, teniendo el hijo que devolver como donacion inoficiosa lo que esceda. Lo que llevamos dicho de que no son los hijos obligados á traer á colacion se ha de entender cuando los hijos no tengan bienes suyos; por-

que en el caso de que los tengan, tanto los gastos de estudios, libros, redenciones de cautivos, satisfaccion de multas, los hechos en consecuencia de dignidad ó compra de algun oficio, se entienden hechos de cuenta de los bienes del hijo de que el padre es legítimo administrador; y para que en tales casos se entienda el hijo mejorado en ellos, es forzoso de que el padre espresamente manifieste les quiere ó quiso mejorar en ellos.

*Esc.* Quedo entendido en todo, y no obstante me ocurre preguntar: ¿si un padre hiciese un patrimonio para ordenar á un hijo, este patrimonio se entiende de la legítima del hijo ó donacion del padre?

*Ab.* Digo que si nada ha dicho y protestado el padre al tiempo de hacer el patrimonio, se entiende mejora hecha del usufructo, y debe computarse en el tercio y quinto.

*Esc.* ¿Con qué si el padre dijese que lo hace de cuenta de la legítima del hijo, ó el hijo tuviese bienes de que el padre sea legítimo administrador, no se entenderá mejorado, sino que en el primer caso se computará en la legítima, y en el segundo será el patrimonio de cuenta de los bienes del hijo de que el padre era administrador?

*Ab.* Segun la generalidad de las doctrinas dichas en esta ley parece que sale la consecuencia; pero es preciso para el caso tener presentes las que te he dado en las leyes anteriores: veamos en el primer caso de que no tenga bienes, y el padre diga que hace el patrimonio á cuenta de la legítima, que es en el que habrá de traer á colacion ó no estos bienes; y luego diremos, en el caso de que tenga bienes, si se ha de entender hecho el patrimonio de ellos, ó se entiende el hijo mejorado en lo que quepa en el tercio y quinto.

*Esc.* Pues sepamos primero, ¿en el caso de que no tenga el hijo bienes, y el padre proteste de que le hace en cuenta de la legítima del hijo?

*Ab.* En este caso el padre no puede computarlo en cuenta de la legítima, no siendo con espreso consentimiento del mismo hijo, precediendo lo menos el que el padre le diga que ha de ser de cuenta de su legítima, y el hijo no lo contradiga; pues en caso de que el padre nada le diga, aun-



que el hijo asienta á ordenarse con el patrimonio, se entiende donacion irrevocable y mejora de ella, no por la voluntad del padre, sino porque no pudiendo el padre poner gravámen en la legítima de sus hijos sin su consentimiento, y siéndole el del patrimonio, pues sus bienes quedan vinculados por el tiempo de la vida del clérigo, síguese que hecho el patrimonio sin consentimiento del hijo, quiera ó no quiera el padre, ha de entenderse mejora hasta lo que quepa en el tercio y quinto.

*Esc.* Me hace fuerza la razon, porque el prohibirle por la vida del hijo la libre disposicion de su legítima es gravámen; y este, segun lo que dijimos en la ley 27, el padre solo le puede poner sobre el quinto y tercio, no sobre la legítima de sus hijos.

*Ab.* En el caso de que el hijo tenga bienes se distingue: ó el padre le hace el patrimonio de los mismos bienes suyos idénticos, ó de otros bienes: si le hace de los bienes idénticos del hijo, basta su noticia y el tácito consentimiento: si el patrimonio fue hecho de bienes que no son idénticos del hijo, se distingue: ó el padre nada dijo á su hijo en orden á que pensaba hacerle el patrimonio á cuenta de sus bienes, y se entiende mejorado y ser de cuenta del tercio y quinto, ó le dijo que lo hacia á cuenta de sus bienes y legítima, y no contradijo; y entonces no se entiende mejorado, y sí que se ha hecho de cuenta de los bienes que el hijo tenga, ó de su legítima.

*Esc.* Con que en sustancia, siendo como es grávamen la vinculacion (aunque por una sola vida) que es precisa para que se ordene un hijo con patrimonio, si el padre le hiciese sin su consentimiento, siempre se entiende de cuenta del tercio y quinto; ni basta la voluntad del padre en contrario sin el asenso del hijo, cuyos bienes ó legítima se intenta vincular.

*Ab.* Así es lo cierto por la razon dicha, que el padre no puede poner algun gravámen á los bienes ni legítima de los hijos sin su consentimiento: y el no poder disponer libremente de ellos en vida, aunque sea para ellos el usufructo, siempre es algun gravámen.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y lo que un padre gasta con la hija que entró en religion debe traerse á colacion?

*Ab.* Sí que debe traerse á colacion, porque la dote de las religiosas se compara á las dotes para casarse.

*Esc.* Pero no se dará caso en que la hija religiosa tenga que traer á colacion la dote, porque como muerta al mundo no puede heredar.

*Ab.* Hoy es cierto que no puede heredar *abintestato* á sus parientes segun la real pragmática del año de 92: pero ántes sucedian los monasterios, ó á lo menos se dudaba, y en el caso de que sucediesen, tenian que traer á colacion las dotes que los padres habian dado á sus hijas y demas gastos del ingreso en religion, y hoy despues de la real pragmática pueden suceder *ex testamento*, y en este caso los monasterios tendrán que traer á colacion lo gastado con la monja por su padre en el ingreso si quieren suceder á nombre de la monja.

*Esc.* ¿Pero hoy no hacen las monjas renuncia de las herencias?

*Ab.* De modo que si han hecho renuncia á favor de alguno, entonces el monasterio ni sucederá *ex testamento* ni *abintestato*.

*Esc.* ¿Y las arras, joyas y demas que los padres dan á las esposas de sus hijos cuando casan, deben los hijos traer á colacion?

*Ab.* Sí: porque son de la misma condicion que lo dado al hijo cuando se casa, y se entiende dado á nombre del hijo; pero si el padre espresamente dijese que se lo regala él, no á cuenta de la legítima del hijo, en este caso no se debe traer á colacion.

*Esc.* Una dificultad me ocurre: y es en el caso de que el padre diga que es regalo que de suyo graciosamente hace á la esposa del hijo, y no en nombre del hijo, ni de cuenta de su legítima, ¿deberá computarse en el tercio y quinto para que á los hijos no pueda dar mas, ó se regulará como á estraño?

*Ab.* Es dificultad: porque la ley que habla que ni en vida ni en muerte los padres pueden dar á sus hijos y descendientes de mejora mas que el tercio y quinto, no se entiende con los estraños, y ya dijimos la gran diferencia que habia en dar á los hijos por capricho solo, ó á los estraños, por lo que fue preciso de que la ley limitara las facultades de los padres de dar en vida á los hijos. Yo diria en el caso propuesto, de que si la donacion fue antes de contraer matrimonio, y es moderada, no debe computarse en el tercio y quinto por ser hecha á estraño: si fuese despues de contraido el matrimonio, que se debe computar en el tercio y quinto, porque ya como una persona con su hijo se entiende hecha al hijo; pero si la donacion fuese desproporcionada, tambien debe computarse en el tercio y quinto de los bienes; porque no habiendo justa razon para hacerla, se entiende que es en fraude de la ley, y por beneficiar al hijo y sus descendientes. Esta es mi opinion, supuesto que las leyes nuestras no hablan de las donaciones graciosas hechas en nombre de los mismos padres á las nueras, si deben ó no computarse en las mejoras de tercio y quinto, y sí solo de las hechas á los hijos y descendientes.



*Esc.* Dígame vmd. ¿y lo que los padres gastan los dias de las bodas en convites, refrescos &c., deben de traer á colacion los hijos?

*Ab.* No: porque estas no son donaciones hechas en utilidad y socorro de los hijos, y sí gastos que por honor del padre, ó por locura muchas veces, hacen con esceso; pero los gastos de dispensas de parentescos y de proclamas, viages de conducir la novia de unos á otros pueblos, se deben traer á colacion como gastos precisos y hechos á nombre del hijo.

*Esc.* Si el padre á un hijo que está en su potestad, y que tiene bienes adventicios de que es usufructuario, le remitiese los frutos, ¿deberá traerlos á colacion el hijo cuando venga á suceder al padre?

*Ab.* No: porque esto es precisamente remision ó abdicacion de parte del dominio, cual es el usufructo y no rigurosamente donacion; y así ni aun los frutos existentes del usufructo remitido tiene que traer el hijo á colacion, porque esta remision de usufruto de los bienes que son del

hijo, tiene el efecto de que luego vale sin esperar el tiempo de la muerte del padre, ni es necesaria tradicion para que se consolide con la propiedad que es del hijo.

*Esc.* Pregunto: y lo que el hijo adquiera con los bienes del padre ó de la madre, de cuya sucesion se trata, ¿tendrá que traer á colacion?

*Ab.* Distingo: si la adquisicion es toda del rédito ó producto de los bienes sin industria ni trabajo del hijo, como si diese á ganancias á un comerciante &c., entonces los réditos se entienden profecticios del mismo de quien es el principal, y deben venir á colacion; pero si hubiese industria de parte del hijo, ó si se dudase si los bienes fueron adquiridos solos con los del padre ó con la industria del hijo, en este caso la mitad se deben traer á colacion, entendiéndose profecticios, y la otra mitad como adventicios del hijo, y no se han de conferir; mas si los bienes adquiridos fuesen todos por el trabajo é industria del hijo, sin que interviniesen caudales del padre, como si está separado de él y sin bienes suyos, sino solo con los adquiridos con su trabajo é industria, se entienden adventicios todos, y no vienen á colacion.

*Esc.* Bien: ¿pero si el hijo estuviese habitando con los padres, y cuidase algunas haciendas ó traficase con dinero de los padres.

*Ab.* En ese caso todo lo adquirido será profecticio de los padres, y solo tendrá derecho para que se le dé un salario de administrador: esto se entiende cuando él solo los cuida, porque el padre esté decrépito, y á él se le deja todo el cuidado; y respecto de la madre siempre, porque se supone todo el cuidado del hijo en las cosas que estén fuera de casa: y así la division por mitad solo se entiende cuando vive con separacion, en cuyo caso hay una tácita compañía, en que el uno pone la industria, y el otro el dinero; pero estando en compañía, aunque el padre esté viejo ó decrépito, ó sea madre ó abuela que no puede atender al cuidado de las cosas que estén fuera de la casa, nunca se entiende compañía en los bienes adquiridos, y sí son del padre, madre, ó ascendientes de quien es el caudal.



*Esc.* Supongo que la obligacion de traer á colacion la dote y donaciones *propter nuptias*, y demas que hemos dicho se han de traer á colacion ó computar en la legítima, ¿muertos los hijos antes que los padres, tendrán los nietos que traerlos?

*Ab.* Sí que tienen que traerlos á colacion, porque el derecho de conferir pasa á los herederos, tanto activa como pasivamente.

*Esc.* Eso sí que no entiendo: dígame vmd. ¿qué es pasar el derecho de conferir pasivamente?

*Ab.* La obligacion de traer á colacion el hijo las donaciones conferibles es el derecho pasivo, ó derecho que otros tienen contra él, y asi esta obligacion que el hijo tiene de traer á colacion lo recibido en vida del padre, si muriese antes, pasa á sus hijos y nietos, como el derecho de heredar, por lo que cuando el nieto en representacion de su padre venga á heredar á su abuelo, tiene que conferir lo mismo que su padre si viviese, y viniera á heredar.

*Esc.* Ya entiendo que el derecho pasivo es lo mismo que la obligacion de traer á colacion: dígame vmd. ahora, ¿qué es derecho activo?

*Ab.* Derecho de conferir activo es la accion que se tiene para obligar á otros á que traigan á colacion, como es la que todos los hermanos tienen contra el hermano para que traiga á colacion las donaciones conferibles: esta accion se llama derecho activo, que es lo mismo que decir derecho á obligar á otro á que confiera, pues este derecho que tienen los hermanos, si muriesen pasa á sus herederos, y asi por eso digo que el derecho de conferir, tanto activo como pasivo, pasa á los herederos.

*Esc.* Lo entiendo: con que el derecho de colacion solo se da entre hijos y descendientes, y no entre ascendientes ni colaterales, y las donaciones conferibles en la legítima nunca son las dejadas en el testamento, pues estas se computan en el tercio y quinto de mejora, y no valen por inoficiosas en lo que esceden, regulado el valor de los bienes del testador al tiempo de la muerte.

*Ab.* Asi es lo cierto, como el que no todas las dona-

ciones hechas en vida se computan, sino las que llevamos dichas, y en los casos y en la forma que hemos esplicado en esta ley,

*Esc.* Por último dígame vmd. ¿si el abuelo viviendo hijo, padre del nieto, diese á este dote ó donacion de las conferibles por su naturaleza, muerto el donante estará obligado el hijo á traer á colacion la donacion que el difunto hizo al nieto?

*Ab.* Distingo: ó la donacion fue espresamente dada en nombre y de consentimiento del hijo, ó tácitamente, como si hizo lo que el hijo estaba obligado; en estos casos el hijo padre del nieto tiene que conferir y computar cuando suceda á su padre, y despues el nieto con sus hermanos, cuando suceda al suyo: ó la donacion se hizo sin consentimiento del hijo, ni en cosa que el hijo tuviese obligacion, y en este caso se entiende mejora hecha al mismo nieto, sin que el padre sea obligado á traer á colacion, aunque su padre lo mande: la razon: porque adquiriendo el nieto ó nieta la donacion sin lucro del hijo, este no puede ser defraudado de su legítima, ni aun en favor de sus hijos, sino en la parte que quepa en el tercio que el abuelo pudo mejorar á los nietos; pero si el hijo muriese antes que el abuelo, el nieto sucediendo tendrá que traer á colacion la donacion que le hubiese hecho si mandó que se confiriese; pero si nada dijo el abuelo, ó la donacion ó mejora fuese irrevocable, en estos casos el nieto, aunque el abuelo lo mande, no es obligado á traer á colacion; no en el primero, porque el nieto representa la persona del padre, que no era obligado á conferir: no en el segundo, porque como mejora irrevocable, aunque el abuelo mande se confiera en la legítima, siempre se computará en el tercio.

*Esc.* Póngame vmd. un caso de una donacion hecha á un nieto, que el padre no sea obligado á conferir, y se entienda mejora en parte del tercio y quinto; pero que sea revocable por el abuelo.

*Ab.* Supon que un nieto se casa, y que el abuelo ademas de lo que el padre le diese, le dona y mejora en tal



heredad, y ni le entrega la posesion ni la escritura por ante escribano: muere el padre antes que el abuelo, y este manda que se compute en la legítima del nieto, la tal donacion se entiende revocada, porque puede con efecto revocar la tal mejora.

*Esc.* Con que si hubiese sido dote ó donacion *propter nuptias*, ó hubiese entregado la posesion, pero sin consentimiento ni á nombre del padre, y este muriese antes que el abuelo, aunque despues mande que el nieto triga á colacion la donacion, no estará obligado á traerla, supuesto de que fue mejora, pues fue en tiempo que vivia su hijo, y ademas fue irrevocable.

*Ab.* Asi es lo cierto, como el que podemos pasar á la ley 30.

## LEY XXX.

*La cera y misas y gastos del enterramiento se saque con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el testador mande lo contrario.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley es correctoria del derecho comun, por el que las espensas del funeral eran preferidas á todos los acreedores, mas segun esta ley, no solo no son preferidas á los acreedores, sino que aun ni lo son á la legítima de los hijos: no nos equivoquemos queriendo interpretar esta ley por el derecho romano: lo que la ley quiere es que los gastos y funerales no escedan del quinto de los bienes: sean muy bien preferidos á los legados, pero no á la legítima de los hijos, y si no son preferidos á la legítima ¿cuánto menos á los acreedores? Antes de saberse cual es la legítima se ha de pagar á los acreedores, porque solo es caudal lo que reste, deducidas primero las deudas: con que si la ley quiere que la legítima sea preferida á los gastos de entierro, ó por mejor decir que los gastos de entierro no escedan del quinto de los bienes, y con razon, ¿por qué ha

de querer que se haga de cuenta de los acreedores? ¿podrá el testador y el testamentario en justicia disponer á favor del fausto funeral ó del alma á cuenta de los acreedores? Claro está que no. El testador cuando muere no tiene mas que lo que resulte del caudal, deducidos los débitos, con que de nada mas podrá disponer, ni el testamentario por mas facultades que el testador le haya dado, ni los clérigos, sacristanes, cereros y otros interesados deberán ser de mejor derecho, mas que sobre los bienes verdaderos de la herencia; y supuesto de que tienen obligacion á enterrar á los muertos sin interes siendo pobres, ¿qué razon habrá para que al que lo es, ó que en la realidad no tiene mas que dos, v. gr. le entierren con mas ostentacion de la debida á su caudal á cuenta de los acreedores? ¿Qué podrá aprovechar á aquella alma los sufragios hechos no á cuenta de su caudal, sino del del prójimo contra su voluntad?

*Esc.* Pero dígame vmd: si á uno que acaba de morir, y no se sabe á qué se reduce su caudal, se le hace un entierro regular de lo que se juzgaba podia sufrir, y en esta inteligencia el cerero da la cera que se le pide, y en la iglesia se le hace el entierro como que tiene mas caudal, ¿qué se ha de hacer?

*Ab.* El cerero podrá repetir contra el que le envió á pedir la cera, la parroquia contra el que mandó que el entierro se hiciese con tales y tales gastos; pero de ningun modo en perjuicio de los acreedores.

*Esc.* Y el testamentario ó heredero que lo mandó, si el pobre ignoraba las deudas del difunto, ¿por qué lo ha de pagar?

*Ab.* Qúe no tome encargos que no pueda desempeñar: ¿no será mas justo que este que ha padecido el engaño lo pague que no los acreedores? Perdonen los autores empeñados en preferir los gastos de entierros y funerales, segun el uso de la tierra á los acreedores, porque esto en sustancia es querer que se entierren á uso de la tierra á cuenta de otros: la herencia, que es la verdadera deudora de los gastos que ocurran, desde el instante del fallecimiento del testador no es mas ni tiene mas bienes que los que resten



deducidas las deudas, y asi al que tiene acreedores, y no tiene residuos con que enterrarse al uso del pais, deben enterrarle de limosna, y los gastos escesivos al entierro de pobres de cuenta de quien les haya mandado hacer, en caso de que no alcancen los bienes deducidas las deudas. Si esta ley quiere que los gastos del funeral se saquen del quinto, ¿qué mas claro ha de querer el que se paguen primero á los acreedores? pues para hacer el quinto primero se han de sacar las deudas; y quiere mas la ley, y es, no solo el que no sean preferidos á los acreedores los gastos de entierro, sino que tampoco lo sean á la legítima de los hijos; esto es, que no se hagan de cuenta de las cuatro partes del caudal.

*Esc.* ¿Con qué si á uno que dejase mandas graciosas se le hiciese un entierro que entre él y las misas importase el quinto, se quedarian los legatarios á quienes se hubiesen hecho las mandas sin ellas?

*Ab.* Distingo: ó el entierro y gastos eran escesivos á su calidad y uso de la tierra, ó no: si no eran escesivos y cubrian todo el quinto, los legatarios se quedan sin sus mandas, porque los gastos del funeral son preferidos, y los hijos de sus legítimas no son obligados á pagar las mandas graciosas: si eran escesivos, vuelvo á distinguir, ó fueron hechos voluntariamente por los hijos herederos, en lo que sean escesivos deberán ser de cuenta de sus legítimas, ó fueron mandados por el testador, y entonces como preferidos á las mandas graciosas y legados, estos quedarán sin efecto.

*Esc.* ¿Y los gastos de la última enfermedad se deben sacar del quinto de los bienes?

*Ab.* La ley no lo dice, ademas que estos, como hechos antes de la muerte, cuando el testador muere son una deuda, si no se han pagado, contra el caudal: este se hace cinco partes, deducidas antes las deudas, con que no deben salir del quinto.

*Esc.* ¿Y esta deuda en caso de que no se haya pagado será preferida á los demas acreedores?

*Ab.* Aunque varios autores, empeñados en seguir el derecho de los romanos, han querido que las espensas de

los entierros sean preferidas á los acreedores, y aun algunos no obstante de la ley que vamos esplicando, en la que espresamente dice se saquen del quinto de la hacienda por el mismo empeño de seguir el derecho de los romanos, han igualado los gastos hechos en la curacion á los de entierro, y los prefieren á los demas acreedores; con todo, no habiendo ley de España que lo diga, soy de opinion que los gastos hechos en la enfermedad, como hechos antes de la muerte, son deudas, si no se hubiesen pagado, preferidas á las legítimas y espensas del funeral, porque cuando el testador murió ya las debia, y eso menos tenia en realidad en su caudal; pero aunque son deudas preferidas á las legítimas y gastos de funeral, no á los demas acreedores, sino de igual derecho de otra cualquiera deuda, y asi las que tienen hipoteca serán preferidas á ellas.

*Esc.* ¿Con qué en una palabra es una deuda que no tiene preferencia á las demas, sino que entrará en concurso de acreedores en el lugar que la corresponda, como si hubiese sido hecha en otra cualquiera enfermedad?

*Ab.* Esa es mi opinion, en el ínterin no me den con testo de ley de España que dé preferencia á tales deudas; pero siempre como verdadera deuda que es al tiempo de la muerte del difunto, será preferida á las legítimas y gastos de entierro, que, como llevo dicho, ó tendrán que hacer los clérigos de limosna, ó tendrá que pagar quien los haya mandado hacer, porque eso de enterrarse ni hacerse sufragios á cuenta de los acreedores, seria como el que hurtase para decir misas, hacer funciones y sufragios por sus ánimas: vuelvo á repetir que nuestra ley quiere que estos gastos de entierro, misas, cera &c. sean de cuenta del caudal, y no de los acreedores, y aun sin perjuicio de la legítima de los hijos.

*Esc.* ¿Con qué si los hijos no mandasen hacer tal y tal entierro, sino que lo dejasen á arbitrio de los clérigos, no podrá esceder del quinto, aunque el caudal sea corto?

*Ab.* Opino asi: si el testador no pudo mandar que se le haga entierro que esceda del quinto, tampoco los clérigos podrán disponer de mas; pero hoy, por lo que diré, si los clérigos dispusiesen un entierro regular á uso del pais, aunque por la demasiada cortedad de los bienes del difunto no alcance el quinto, serán preferidos á la legítima de los hijos; pero nunca á los acreedores por las razones ya dichas.



*Esc.* Con que de ese modo, si uno muriese *abintestato*, ¿podrán los parrócos ó jueces eclesiásticos disponer de todo el quinto á favor del alma del difunto, aunque el quinto sea de herencia copiosa cuando no hay hijos?

*Ab.* Algun tiempo asi lo entendieron, y se ejecutó; pero hoy ya se ha mandado el que se les obligue á los herederos *abintestato* á hacer un entierro y sufragios correspondientes á las circunstancias y usos del pais, y nada mas, pues la ley que vamos comentando dice que no pueda esceder del quinto, no que precisamente se ha de gastar: la nueva Pragmática en que se prohibe que los eclesiásticos se metan en los *abintestatos* con motivo de los sufragios por el alma del difunto, y que manda que los herederos sean obligados á hacer un funeral á uso del pais y circunstancias del difunto, es la que me da motivo á decir que hoy los clérigos, asi como no pueden invertir todo el quinto en sufragios del alma del difunto intestado, y sí solo unos regulares á uso del pais; asi tambien *ex testamento* y *abintestato*, si hiciesen un funeral regular á uso del pais, los gastos de él serán preferidos á las legítimas de los hijos: de modo que hoy para los clérigos y parroquia no es del caso lo que quepa ó no en el quinto, sino la moderacion de ellos á uso del pais, siendo en ellos preferidos, y lo mismo el cerero por los gastos de cera, á las legítimas de los hijos; pero de ningun modo á los acreedores del difunto por las razones dichas.

*Esc.* ¿Y de qué fecha es esa Pragmática?

*Ab.* Salió en el año de 1766 con fecha de 2 de febrero: tambien es bueno sepas que con fecha de 18 de agosto de 1771 salió una real cédula, en que está inserto un real decreto de 1713, que prohibe y anula las mandas y herencias dejadas á los confesores en la última enfermedad para sus personas, iglesias ó comunidades; poste-

riormente á queja de don Francisco Arias, vecino de la Puebla de Sanabria, de que no se observaba en aquella tierra ni la citada real pragmática de abintestatos, ni la cédula que prohibe dejar mandas á los confesores; en el año de 1783, con fecha de 3 de febrero, se despachó real cédula encargando el cumplimiento, y mandando de nuevo se volviesen á publicar, tanto la citada pragmática como la real cédula, añadiendo la pena á los escribanos que asistan á los testamentos en que haya contravencion á lo mandado en la referida pragmática de 2 de febrero de 66, y real cédula de 18 de agosto de 75 de doscientos ducados de multa por la primera vez, y suspension de oficio por dos años y doble multa por la segunda, ademas de la privacion de oficio; y veinte ducados de multa á cada uno de los testigos que asistan á los testamentos.

*Esc.* Lo que me interesa saber es que se nos impone multa á los escribanos para cuidar de no asistir á tales testamentos ni inventarios en que se quiera contravenir á las reales disposiciones. Vmd. me dirá que las órdenes las busque en el oficio de ayuntamiento cuando necesite hacer uso de ellas, y que me basta saber el contenido por mayor para no contravenir, y la fecha de las órdenes para buscarla cuando me ocurra: con que podemos pasar á la ley siguiente, que es la 31.

## LEY XXXI.

*Porque muchas veces acaesce que algunos, porque no pueden, ó porque no quieren hacer sus testamentos, dan poder á otros que los hagan por ellos, y los tales comisarios hacen muchos fraudes y engaños con los tales poderes, extendiéndose á mas de la voluntad de aquellos que se lo dan: por ende, por evitar los dichos daños ordenamos y mandamos que de aqui adelante el tal comisario no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoría del tercio ni del quinto, desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar, ni pupilar, ni ejemplarmente, ni hacerles sustitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador; salvo si el que le dió el poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas; en esta manera el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario haga heredero: y en cuanto á las otras cosas señalando para que le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no mas.*



## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley es en parte correctoria del derecho comun: por él de ningun modo se podia cometer la facultad de testar á otro, llamándose este derecho de testar personalísimo, y la voluntad cometida á otro captatoria, porque se esponia el testador á ser engañado si disponia el comisario contra la voluntad del que lo daba la comision: para evitar el que los comisarios abusen de los poderes, nuestra ley, aunque les concede á los que no pueden ó no quieren hacer testamento, el que puedan dar poder á otro para que le haga por él, limita las facultades del comisario á que no pueda hacer heredero ni mejora de tercio y quinto, ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituir vulgar, ni pupilar, ni ejemplarmente, ni hacer sustitucion alguna, ni dar tutor á los descendientes del testador, á no ser que le dé especial poder para cada una de estas cosas, señalando al heredero por su nombre; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder, y en tal caso el comisario podrá hacer lo que especialmente el que dió el poder señaló y mandó, y no mas.

*Esc.* Ya sé qué es sustitucion pupilar, pues me lo ha esplicado vmd.; pero no qué sea sustitucion vulgar ni ejemplar.

*Ab.* Supuesto de que sabes que la sustitucion pupilar es la que el padre puede hacer al hijo, caso que muera en la edad pupilar, v. gr. instituyo heredero á mi hijo, y si mi hijo muriere en la edad pupilar, nombro á Juan: sepas que lo mismo puede hacer el padre en caso de que tenga

hijo furioso ó mentecato, pudiendo darle sustituto, caso que muera en el furor ó mentecatez, y se llama ejemplar por haberse hecho á ejemplo de la pupilar: sustitucion vulgar es la que todos pueden hacer para en el caso de que el heredero nombrado no quiera ó no pueda serlo, v. gr. haces tu testamento y dices: instituyo heredera á mi muger, y si mi muger no fuere heredera, instituyo á mi tio: tu tio se dice, y es sustituto porque solo entra á heredar caso que tu muger ó no pueda, ó no quiera ser heredera, y llámase vulgar porque todos los que pueden hacer testamento la pueden hacer; pero la pupilar solo cuando el instituido es pupilo, en el caso que sea heredero y muera dentro de la edad, y la ejemplar cuando es furioso, caso que muera en el furor; de modo que la vulgar es para el caso que el instituido no sea heredero, y la pupilar y ejemplar aunque lo sean, si mueren dentro de la edad pupilar ó del furor.

*Esc.* Ya entiendo cuáles se llaman sustituciones vulgares, pupilares y ejemplares, y que segun nuestra ley el comisario no puede dar sustituto al heredero, ni al hijo menor de catorce años ó mentecato, no obstante de que el que dió el poder pudo por sí haber hecho tales sustituciones; pero que si le dió especialmente poder para darles sustitutos, las podrá hacer el comisario.

*Ab.* No tiene duda, pues es terminante de la ley el que necesita nombrar el heredero por su nombre, para que el comisario que tiene especial poder pueda hacer el nombramiento ó institucion; la duda está en si para los demas casos, en que segun la ley debe dar especial poder, como nombrar sustitutos, dar tutores, y exheredar hijos &c., sea bastante el decir que da poder especial para cada una de ellas, ó será forzoso que tambien señale por su nombre los sustitutos, tutores, hijos que se han de exheredar, v. gr., y por sustituto á fulano, por curador á fulano, exheredo á mi hijo fulano &c., porque la ley parece que hace alguna diferencia del nombramiento de heredero á los demas casos en que requiere especial poder.

*Esc.* Á la verdad que es duda: porque la ley despues de decir que el heredero ha de ser nombrado por su propio nombre, sigue diciendo: "y en cuanto á las otras cosas, „señalando para qué le da el poder," que parece es decir, que el heredero ha de ser nombrado por su nombre, y en los demas casos que necesitan especial poder no.



*Ab.* Vamos por partes: esta ley trata de restringir los poderes generales para evitar los abusos que se cometian, ó se podian cometer por los comisarios, y dice que el poder general no es bastante para las cosas que la ley exceptúa, sino que es necesario especial mandato y señalamiento para cada una de ellas, porque ya se ve hay mucha diferencia entre un poder general de testar, en el que sin pensar el padre en mejorar á hijo alguno pudiese el comisario mejorarle, al caso de que el padre quiere mejorar alguno, á juicio y disposicion del comisario; y en que mejorando el comisario no va contra la voluntad del testador: aun por derecho comun en el que estaba prohibido conferir la institucion de heredero á arbitrio ageno, no se prohibia el conferir el nombramiento entre ciertas personas, v. gr. á uno de los hijos de mi hermano, quien Pedro señale: con que siendo los hijos número determinado, y entre quienes la ley prescribe las mejoras, y el padre espresa la voluntad de querer hacerla, no estraño el que la ley permita que pueda dejar y mandarlo al arbitrio del comisario; menos tiene de estraño el que pueda dar el poder para la exheredacion, pues esta no pudiéndose verificar sin causa menor arbitrio queda al comisario: lo uno porque ha de decir y probar la causa, lo otro porque el poder especial para exheredar junto con la causa manifiesta la voluntad del padre de que sea exheredado, aunque no le nombre por su propio nombre, aquel hijo que ha dado justa causa para la exheredacion. En cuanto á los sustitutos podia haber mas dificultad por ser herederos en sus casos: en la dacion de tutor tampoco hallo dificultad en que baste el poder especial sin la precision de nombrarle; pero quiere la ley que el heredero sea nombrado por el testador, por el interes que el comisario podia tener en faltar á la confianza del testador, nombrando á quien á él pareciese, que no hay en la mejora, en la exheredacion, ni en la tutela: y asi la ley si en

los casos que señala quiso que el poder fuese especial, en la institucion de heredero quiso ademas el que el mismo testador le nombrase.

*Esc.* Lo entiendo: quedando con la duda de las sustituciones, en si los sustitutos han de ser nombrados por el testador, ó basta el poder especial sin nombrarles, pues vmd. no ha resuelto, y sí solo dicho que puede haber duda por ser en su caso heredero.

*Ab.* Dije que puede haber duda, y ahora digo que no estrañaría el que algunos opinasen de que para que valga la sustitucion por comisario, no solo sea necesario el poder especial para ello, sí tambien el nombramiento del que haya de ser sustituto por requerir esta espresion la ley en el heredero, y serlo en sus casos los sustitutos; pero en el supuesto de que la ley no dice que sea necesaria la espresion del nombre del sustituto, y sí la del heredero, parece que se contenta con el poder especial, pues hay alguna diferencia en suceder como heredero á serlo solo para el caso que el heredero no quiera ó no pueda serlo, ó que muera en la edad pupilar; y cuando la ley que está tratando de la materia de exprofeso pide solo en los herederos, como requisito necesario, la espresion del nombre, y no en los sustitutos de que tambien trata, sin duda que parece se contentó con el poder especial como para la mejora, exheredacion y nombramiento de tutor de que tambien habla; pero esto no obstante para evitar pleitos, en los poderes que autorizares para testar si el otorgante le da para que el comisario nombre sustitutos, asi como es de tu cuidado cuando da poder para testar el que diga á quién quiere nombrar heredero, no dejes tambien de inclinarle á que nombre el que quiera sea sustituto.

*Esc.* Asi procuraré hacerlo para evitar pleitos: y dígame vmd.: ¿la muger puede ser comisaria para testar por otro?

*Ab.* Sí puede ser comisaria y ejecutora del testamento, pues la muger no está prohibida de hacer testamento por sí, no obstante que no puede ser procuradora de causas.

*Esc.* ¿Y el comisario puede sustituir el poder en otro?

*Ab.* No: lo uno, porque el testador no se le da; lo



otro, porque las cosas en que se busca la confianza personal no se fian ni pueden al sustituto, y sí solo ejecutarlas el comisario por sí.

*Esc.* No me ocurre mas que preguntar en esta ley: vamos á la siguiente.

## LEY XXXII.

*Cuando el testador no fizo heredero, ni menos dió poder al comisario que lo ficiese por él, ni le dió poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley próxima; sino solamente le dió poder para que por él pueda hacer testamento: el tal comisario mandamos que pueda descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas y cargos de servicio, y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se parte entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes* abintestato: *y si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comisario, dejándole á la muger del que le dió el poder, lo que segun leyes de nuestros reinos le puede pertenecer, sea obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pías, y provechosas á la ánima del que le dió el poder, y no en otra cosa alguna.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Como la institucion de heredero, mejora, exheredacion de hijos, dacion de tutor y sustituciones necesiten poder especial ó mencion especial de cada cosa en la forma que hemos dicho en la ley 31, y todo esto puede faltar en el poder que al comisario se dé por ignorancia del testador, y del escribano que no sepa prevenirle de la legislacion en esta parte; cuando el poder sea general para testar el comisario, solo tiene facultad de descargar la conciencia pagando deudas y satisfaciendo obligaciones del testador, y disponiendo del quinto de la herencia que quedare, distribuyéndole por el ánima del testador; y los parientes mas

cercanos abintestato sucedan en las cuatro partes de la herencia.

*Esc.* ¿Y en el caso de que no tenga parientes?

*Ab.* En tal caso dice esta ley que sea obligado el comisario á disponer de ellos en obras pías y otras cosas provechosas al ánima del testador, y no en otra forma.

*Esc.* Y dígame vmd. el testador que asi muere ¿se dice que murió testado ó intestado?

*Ab.* Que murió con testamento, supuesto que el comisario puede disponer en la forma que esta ley prescribe, y no mas; pero puede hacer testamento en virtud del poder sin escederse de lo que esta ley le permite; y disponiendo asi se puede decir que muere parte testado y parte intestado, cosa que no podia ser por el derecho romano, pero sí por el nuestro.

En prueba de que en el caso de esta ley 32, aunque el comisario solo pueda disponer de lo que y en la forma que la ley dice, el testador no muere del todo intestado: tenemos que por esta ley (no obstante que abintestato en defecto de parientes suceden la muger al marido y el marido á la muger, y en defecto de ésta el fisco), cuando hay comisario con poder general puede disponer ó debe disponer de todos los bienes en obras pías, y cosas en favor de la ánima en defecto de parientes, aunque haya muger ó marido; y como que no muere abintestato, no ha lugar, ni la cruzada antes, ni hoy el subdelegado de mostrencos.

*Esc.* Ya podemos pasar á otra ley.

## LEY XXXIII.

*El comisario para hacer testamento ó mandas, ó para declarar por virtud del poder que tiene lo que ha de hacer de los bienes del testador, no tenga mas término de cuatro meses, si estaba al tiempo que se le dió el poder en la ciudad, villa ó lugar donde se le dió el poder; y si al dicho tiempo estaba ausente, pero dentro de estos nuestros reinos, no tenga ni dure su poder mas de seis meses: y si estuviere fuera de los dichos reinos al dicho tiempo, tenga*



*término de un año, y no mas; y pasados los dichos términos no pueda mas hacer que si el poder no le fuera dado, y vengan los dichos bienes á los que los habian de haber muriendo el testador* abintestato: *los cuales términos mandamos que corran al tal comisario, aunque diga y alegue que nunca vino á su noticia que el tal poder le habia sido dado; pero lo que el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, mandamos que en el tal caso el comisario sea obligado á lo hacer; y si pasado el dicho término no lo hiciere, que sea habido como si el tal comisario lo hiciese ó declarase.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley se reduce á señalar el tiempo en que el comisario debe hacer el testamento, y es término perentorio: de modo que ni se da restitucion contra él, aunque sea menor de edad el comisario, ni aprovecha el alegar que no habia llegado á su noticia.

*Esc.* ¿Con que segun la ley pasados los términos que señala el comisario ya no puede hacer el testamento, y los bienes vendran á aquellos parientes que habian de suceder abintestato?

*Ab.* Es constante que los bienes vienen á los parientes abintestato, á escepcion de lo que el testador espresamente señaló, como si nombró heredero, si hizo alguna manda ó mejora, en cuyo caso, aunque el comisario deje pasar el término sin hacer testamento, valdrá como si el tal comisario lo hubiese hecho.

*Esc.* ¿Con que en caso de que el difunto nombrase heredero, éste, y no el que habia de serlo abintestato, sucederá?

*Ab.* Terminante es de esta ley; pero si el difunto no hubiese nombrado heredero, y sí hecho algunas mandas, valdrán y sucederá en lo demas el pariente mas cercano que sucederia si hubiese muerto sin dar poder para testar.

*Esc.* Dijo vmd. que el comisario no tiene restitucion

contra el tiempo pasado, aunque sea menor de 25 años, y aunque no haya llegado á su noticia la comision que se le ha dado. ¿Y qué razon hay para que en este caso al menor se le niegue la restitucion?

*Ab.* Porque la restitucion que se concede á los menores es por su favor, y como aquí no se trata de favor del comisario, no hay por qué se le conceda restitucion.

*Esc.* Pero cuando no ha llegado á su noticia, ¿por qué razon contra este que está impedido en el tiempo que está ignorante ha de correr el término?

*Ab.* Lo uno, porque nada pierde el tal comisario en que se le pase el tiempo; y lo otro, porque seria dar lugar á que despues de entrar los herederos abintestato se suscitasen pleitos sobre si habia venido ó no á su noticia la comision ó poder de testar, y por evitar estos inconvenientes ha querido la ley que el término fuese perentorio, y que pasado en cualquiera caso, los herederos abintestato en la forma que llevamos dicha sucedan en los bienes del difunto.

*Esc.* Dígame vmd., ¿y el que da el poder para testar puede conceder al comisario mas tiempo que el que esta ley señala para hacer el testamento?

*Ab.* Los autores convienen en que sí, y para sostener esta opinion, de que no me separo, es preciso decir que la ley presente señaló el tiempo en que debe el comisario ejecutar el testamento, caso de que el difunto no se le señale: y que señalado por el difunto, no se opone la ley á que sea mas ó menos.

*Esc.* Con que si señala menos que la ley ¿será obligado en él hacer el testamento?

*Ab.* No tiene duda, que si no le ejecuta en el tiempo que el difunto le señala, cesó la comision y poder, y pasará á los herederos abintestato la herencia en la forma que esta ley manda.

*Esc.* Pues vamos á otra ley, que no me ocurre mas que preguntar en esta.



## LEY XXXIV.

*El comisario por virtud del poder que tuviere para hacer testamento no pueda revocar el testamento que el testador habia hecho en todo, ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley nos dice que por la dacion del poder para testar no se entiende dada facultad para revocar el testamento antes hecho, ni en todo ni en parte, á no ser que le sea dado el poder especial para ello.

*Esc.* Pero cual puede ser la razon, porque á la verdad uno que tenga hecho testamento, si da poder á otro para que haga testamento por él, ¿qué mas claro ha de darle para que revoque el testamento que antes tiene hecho?

*Ab.* Así parece: pero como tenemos ya dicho que el poder general de testar no basta para instituir heredero, sino que es forzoso especial y aun nombrarle por su propio nombre, ni basta para sustituir, ni para dar tutor á los hijos; por la misma razon quiere la ley que el testamento hecho no se pueda revocar en virtud del poder general, sino que sea preciso el especial.

*Esc.* Lo entiendo, y no se me ofrece que preguntar mas.

## LEY XXXV.

*El comisario no pueda revocar el testamento que hubiere por virtud de su poder una vez fecho, ni pueda despues de fecho hacer codicilo, aunque sea* ad pias causas, *aunque reserve en sí el poder para lo revocar, ó para añadir, menguar, ó para hacer codicilo, ó declaracion alguna.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Aunque la voluntad del testador es deambulatoria hasta la muerte, de modo que puede revocar siempre que

quiera cuantos testamentos haga; el comisario ni puede revocar el testamento hecho en virtud del poder, ni hacer despues codicilo, aunque sea en favor de las causas mas piadosas no obstante de que en sí haya reservádose el poder para revocar, añadir, ó enmendar, ó hacer declaraciones.

*Esc.* ¿Y cuál es la razon de esta ley, supuesto que la última voluntad es deambulatoria hasta la muerte?

*Ab.* La razon es de que el comisario hecho el testamento *functus est offitio suo*, concluyó ya con su encargo; y así como á un juez que le dan comision para sustanciar y sentenciar una causa, sentenciada espira la comision, así al comisario se le acaba la facultad y poder concluido el acto para que se le dió, aunque no se haya pasado el tiempo prescrito por la ley para poderle hacer; y no se puede reservar facultad alguna, porque la que tenia no era suya propia, como es la que cada uno tiene de disponer de sus bienes, sino comisionada de otro; y así como agena, nada puede de ella reservarse, y sí solo usarla en la forma que el dueño se la comisionó.

*Esc.* Tambien podremos pasar á otra ley, porque no tengo mas que preguntar en esta.

## LEY XXXVI.

*Cuando el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque se murió sin hacerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder, que hubiesen de heredar sus bienes* abintestato: *los cuales, en caso que no sean hijos, ni descendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; lo cual, si dentro del año contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren: mandamos, que nuestras justicias los compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo.*



## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley nos señala los herederos y sus obligaciones, en el caso que el comisario no hiciese el testamento, ó porque dejó pasar el tiempo, ó porque no pudo por cualquiera impedimento; y dice que sucedan los parientes que habian de suceder abintestato; y añade el que estos sean obligados á distribuir por el alma del difunto la quinta parte de la herencia.

*Esc.* ¿Y si los herederos abintestato no lo ejecutasen?

*Ab.* Un año se les concede de término, y si pasado no hubiesen distribuido por el alma del difunto el quinto de sus bienes, las justicias seculares les deben compeler á ello, y cualquiera del pueblo tiene accion para pedir ante las mismas justicias el que se les compela.

*Esc.* ¿Y qué pena tienen los herederos que no distribuyen por el alma del difunto el quinto en el término del año?

*Ab.* No tienen pena alguna mas que se les obligue á cumplir, y esta ley que les impone la dicha obligacion no les impone pena, y se contenta solo con encargar á las justicias se les compela, y dar accion popular á todos los del pueblo, como en los delitos públicos, para que ante las justicias pidan el cumplimiento.

*Esc.* ¿Con qué lo mismo sucederá en todos los abintestatos?

*Ab.* No sucederá tal: porque esta ley es limitada al caso de que haya comisario, y por lo mismo no se estiende á mas casos que él, y los que aquí se limita, como tampoco (es espreso de la ley) comprende los casos en que los herederos abintestato, sean hijos ó descendientes, aunque haya comisario que deje de testar.

*Esc.* Pregunto: ¿y si el difunto en el poder nombró heredero, ó hizo otras mandas, y el comisario no quiso hacer testamento ó murió antes, sucederán los herederos abintestato ó el nombrado? y en los legados, ¿sucederán espresamente los llamados á ellos?

*Ab.* Qué ¿te se olvidó ya la ley 33? En ella está terminante el caso de que aunque el comisario no disponga lo que espresamente el difunto mandó, como si nombró heredero ó hizo otras espresas mandas, sea valedero, como si el comisario lo hiciese ó declarase.

*Esc.* ¿Y en este caso el heredero tendrá que distribuir la quinta parte por el alma del difunto, como previene esta ley?

*Ab.* Si no llega el caso de ella, que es el que suceden los herederos abintestato, tampoco llega el de la obligacion de distribuir el quinto.

*Esc.* Si el difunto en el poder no nombró heredero, y sí hizo un particular legado, en cuyo caso supongamos que no disponiendo el comisario en tiempo, sucederán los herederos abintestato, y valdrá el legado; y que estos no fuesen hijos ni descendientes, en el que tambien supongo por esta ley la obligacion á distribuir por el alma del difunto el quinto, pregunto, ¿serán obligados á distribuir el quinto íntegro, ó se habrá de rebajar el legado?

*Ab.* Haces bien los dos supuestos: y á tu pregunta distingo: ó los herederos abintestato son forzosos, como padres y descendientes, ó no lo son, como sucede á los colaterales: si son forzosos, solo serán obligados á distribuir entre alma y legados el tercio y quinto de la herencia; pero si no lo son (segun esta ley), todo el quinto: la razon, porque aunque esta ley no distingue de ascendientes ó colaterales, aquellos no son obligados en todo mas que al tercio, porque las dos partes son legítima suya, y ni el testador pudiera haberles gravado en ella; pero los colaterales deben de distribuir el quinto íntegro, y ademas pagar los legados, porque estos no tienen derecho forzoso á la herencia: los legados tienen que satisfacerlos en virtud de la espresa voluntad del difunto, y el quinto por el alma en virtud de esta ley.

*Esc.* Y hoy, despues de la pragmática de los abintestatos, ¿tendrán obligacion los herederos no forzosos en el caso de esta ley á distribuir el quinto por el alma del difunto, ó cumplirán con hacer un funeral correspondiente á sus circunstancias?



*Ab.* Por la real pragmática de 2 de Febrero de 1776 los herederos abintestato cumplen con hacer el entierro y sufragios con arreglo á las circunstancias del difunto y estilo del pais, sin que los curas párrocos ni jueces eclesiásticos puedan meterse con este pretesto en los abintestatos: con que en el caso de esta ley, muriendo abintestato el difunto, síguese que los herederos cumplen con hacer el entierro y sufragios, segun las circunstancias y estilo del pais, sin que sean obligados á invertir todo el quinto si fuese crecido; y por la pragmática queda derogada esta ley de Toro en lo que son contrarias.

*Esc.* Sigamos á otra ley, que no me ocurre mas que preguntar en esta.

## LEY XXXVII.

*Cuando el testador nombrada ó señaladamente hizo heredero, y hecho dió poder á otro que acabase por él su testamento; y el tal comisario no pueda mandar mas, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del testador, de la quinta parte de sus bienes del testador: y si mas, mandamos que no vala, salvo si el testador especialmente le dió el poder para mas.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley se reduce á decir las facultades del comisario en el caso de que el difunto nombrada y señaladamente hizo heredero.

*Esc.* ¿Y á qué se reducen

*Ab.* Solo á disponer del quinto despues de pagadas las deudas y cargos del difunto, á escepcion de que especialmente le dé poder para mas.

*Esc.* ¿Con qué dándole poder para mas? podrá el comisario disponer de mas?

*Ab.* Se entiende, si no escede de las facultades del difunto.

*Esc.* No lo entiendo.

*Ab.* Ya sabes que el que tiene hijos ó descendientes no puede disponer de mas que del quinto, y el que padre ó ascendientes, del tercio; y así en estos casos el comisario por mas especial poder que tenga nunca podrá disponer mas que respectivamente del quinto ó del tercio.

*Esc.* ¿Con qué del quinto siempre puede disponer, y para disponer en caso de tener ascendientes del tercio necesita de especial poder?

*Ab.* Así es lo cierto; como tambien que en el caso de no tener el difunto herederos forzosos, podrá disponer de todo lo que, ó para lo que le diese especial poder, así como el difunto podia disponer.

*Esc.* Dígame vmd., y en el caso que el poder sea general, en el que el comisario segun esta ley puede disponer del quinto, ¿los gastos del funeral deberán salir del quinto, ó de lo demas de la herencia?

*Ab.* Del quinto, porque la ley no le da facultades á mas, y el quinto es de donde se sacan los gastos del funeral; ademas que el testador si quiere que disponga de mas, le podia haber dado al comisario facultades especiales para ello: esta es mi opinion, no obstante que tiene alguna dificultad.

*Esc.* Pregunto: ¿del quinto puede el comisario disponer libremente ó precisamente por el alma del difunto, porque la ley 23 solo da facultades al comisario para disponer del quinto por el alma?

*Ab.* A mí me parece muy bien el que dificultes, pues es prueba de que entiendes y atiendes: hay diferencia de la ley 23 á esta: el caso de aquella es cuando el difunto dió poder para testar sin nombrar heredero, y el de esta es cuando nombró heredero; en aquel caso muere abintestato, y solo se le permite al comisario descargar la conciencia del testador, y hacer sufragios por su alma: en el caso de la ley presente muere con testamento que hace el comisario á nombre del que le dió el poder, y parece que á este poder habiente le deben de quedar algunas facultades de disponer segun los encargos, ó segun le parezca, en desempeño de lo que el difunto le haya encargado.

*Esc.* Vamos á otra ley.



*Cuando el testador dejare dos ó mas comisarios, si alguno ó algunos de ellos requeridos no quisieren ó no pudieren usar del dicho poder ó se murieren, el poder quede por entero á el otro, ú otros, que quisieren y pudieren usar del dicho poder: y en caso que los tales comisarios discordaren, cúmplase y ejecútese lo que mandare y declarare la mayor parte de ellos, y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados á tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó alcalde mayor del lugar donde fuere el testador: y si no hubiere corregidor, ni asistente, ni gobernador, ni alcalde mayor, que tomen al alcalde ordinario del dicho lugar por tercero. E si muchos alcaldes ordinarios hubiere, y no se concertaren los dichos comisarios cual sea, en tal caso echen suertes, y el alcalde á quien cupiere la suerte se junte con ellos, y lo que la mayor parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y ejecute.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Está bien terminante y clara la ley en los casos de que sean dos ó mas comisarios.

*Esc.* Sí que está clara: supongo que en caso de haber en el pueblo corregidor y alcalde mayor, deberá ser el corregidor el tercero, y caso de haber alcalde mayor y ordinario, el alcalde mayor, como tambien el que deberá ser preferido á éste el gobernador.

*Ab.* Se entiende cuando el gobernador sea político, y que haga las veces de corregidor, por tener la jurisdiccion real ordinaria, porque si fuese solo gobernador militar no habla de él la ley.

*Esc.* En el caso de haber dos alcaldes ordinarios, y no estar conforme los comisarios en cual ha de ser de tercero, ¿se recurre segun esta ley á la suerte?

*Ab.* Está espreso: solo te resta saber del juicio de la suerte, y sepas que á él se recurre en las dudas de derecho, y no en las dudas de hecho: y que no se puede recurrir si-

no en los casos espresos en derecho, como tambien que no hay apelacion, ni se puede segunda vez sortear.

*Esc.* Dígame vmd. ahora se me ofrece una duda, y es, si los alcaldes ordinarios principiasen á conocer en una causa, ¿podrá sustanciar uno sin otro?

*Ab.* Aunque por tener cada alcalde jurisdiccion á prevencion puede el que previene ó principia la causa seguirla y sentenciarla por sí solo; si conociesen juntos los dos, no puede el uno sin el otro.

*Esc.* ¿Y en el caso de discordia?

*Ab.* Ni una ni otra sentencia vale, aunque segun opinion de algunos autores, valdrá la dada en favor de causa pia, y la que sea absolutoria, y segun esta opinion el contrario tendrá que apelar. Cuando los jueces no son ordinarios, sino delegados, estando en número igual discordes, las sentencias permanecen en suspenso hasta la confirmacion del superior delegante de una de las dos sentencias.

*Ab.* Vamos á otra ley.

## LEY XXXIX.

*En el poder que se le diere al comisario para hacer todo lo susodicho ó parte de ello intervenga la solemnidad del escribano y testigos, que segun leyes de nuestros reinos han de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan ni hagan fe los dichos poderes.*

### *COMENTARIO.*

*Esc.* Con que en esta ley solo se nos dice que la misma solemnidad de escribano y testigos que se requieren para los testamentos, esa misma es necesaria en los poderes para testar.

*Ab.* Y qué te parece, ¿bastará el poder con las solemnidades que las leyes piden en los testamentos nuncupativos para poder hacer testamentos *in scriptis* ó cerrados?

*Esc.* A mí me parece que no, sino que el poder haya de tener las mismas solemnidades que el testamento que se haga, si nuncupativo, que las que se requieren en él, y si cerrado, que las prescritas para ellos.



*Ab.* Soy de la misma opinion; pero no falta autor que diga lo contrario.

*Esc.* Para todo hay opiniones en este mundo.

*Ab.* Veamos como discurres: ¿por qué siendo solo poder el que se da al comisario para hacer testamento y no testamento ha de requerir la ley las solemnidades que en el testamento, y no han de bastar las que se requieren en cualquier poder?

*Esc.* Me parece que la razon es bien fácil, la misma que hay para que en el testamento se requieran mas solemnidades que en los contratos: el temor de fraudes por no poder un difunto decir contra un testamento supuesto es el motivo de todas las solemnidades mayores de los testamentos que de los contratos, pues el mismo temor de falsedad y fraude que podia haber en el poder, suplantándole ó nombrándole falsamente heredero, ha hecho justamente que la ley exija en tales poderes las mismas solemnidades que en los testamentos.

*Ab.* Pues eso que á tí te parece fácil el dar la razon ha habido autor que despues de mostrar ser dificil dar congruente razon viene á dar en sustancia la que has dado tú, y dice que es nueva y sutil: con que vé si eres hombre que sutilizas, y aun mas que te parece fácil asignar la razon que el otro llama dificil, y despues de asignada la llamó nueva y sutil.

*Esc.* Vmd. está empeñado no sé si en chulearse conmigo, ó si en favorecerme demasiado.

*Ab.* Es constante lo que te digo de que hay autor que comentando esta ley, y preguntando la razon, dice lo que me has oido; pero yo juzgo la razon tan fácil, y tan poco sutil como á ti te ha parecido: con que no tienes de que envanecerte: ahora tenemos que principiar con la materia de mayorazgos, materia que todos los dias se controvierte en los tribunales, y hasta de pocos años á esta parte muy poco en las universidades.

*Esc.* Me alegro tratemos esta materia, porque alguna

cosa he de entender de ella, aunque no toda por lo dilatada y acaso intrincada que será.

*Ab.* Procuraré evitar cuestiones del derecho romano, con que algunos hacen confusos y dilatados sobremanera los comentarios á las leyes que tratan de mayorazgos; pero antes, por fin de estas leyes de testamentos y sucesiones, quiero insertes una orden que conviene tengan presente los escribanos cuando son llamados para hacer testamento, por quienes tienen hijos menores, que á la letra dice asi:

Don Cárlos &c., sabed: "Que con el fin de evitar que »el caudal de los pupilos y huérfanos se disipe en diligen»cias judiciales y en costas, que por lo comun causaban los »llamados padres generales de menores y defensores de au»sentes, cuyos oficios por gravosos se han consumido en »muchos pueblos del reino, adoptó el mi Consejo el medio »de conceder permiso á los testadores que lo han solicita»do, para que luego que fallezcan formen los aprecios, »cuentas y particiones de sus bienes, los albaceas, tuto»res ó testamentarios que señalan, como sugetos imparcia»les, íntegros y de su total confianza, cumpliendo despues »dichos testamentarios con presentar las diligencias ante »la justicia del pueblo para su aprobacion, y que se pro»tocolice en los oficios del juzgado del juez ante quien se »presentan. Consiguiente á estas providencias, y habiéndo»se promovido espediente en mi chancillería de Granada »sobre la particion de los bienes que quedaron por falle»cimiento de un vecino de la ciudad de Córdoba, decla»ró aquel tribunal que el contador de cuentas y particio»nes en ella no debia intervenir en la de la disputa; y de »sus resultas el dueño de estos oficios don Damian de Cas»tro y García, vecino de la misma ciudad, me representó »que por estas disposiciones se hallaba despojado de la for»macion de cuentas y particiones entre menores y demas »que le pertenecia por su título, con cuya atencion soli»citó entre otras cosas me sirviese declarar no debian obs»tar dichas providencias al ejercicio, uso y facultades de »su título. Esta representacion la mandé remitir al mi Con»sejo para que me espusiese su parecer. Y visto en él, y »consultado el asunto con mi Real Persona, he venido en »declarar no haber lugar á las pretensiones de don Damian »de Castro y García, y quiero que esta providencia sea »estensiva, y sirva de regla general para iguales casos, en »que los contadores de cuentas y particiones, á pretesto de »las facultades concedidas en sus títulos, soliciten privar á »los testadores de las que tienen para nombrar partidores »ó contadores que dividan las herencias entre sus hijos me»nores, cuya libertad debe conservarse á los testadores, »pues lo contrario seria de mucho perjuicio á la causa pú»blica. Por tanto os mando á todos y cada uno de vos en »vuestros respectivos distritos y jurisdicciones veais la es»presada real resolucion, y la guardeis y cumplais, y ha»gais guardar y cumplir y ejecutar en los casos que ocur»ran, sin contravenirla ni permitir se contravenga en ma»nera alguna: que asi es mi voluntad; y que al traslado »impreso de esta mi cédula, firmado de don Pedro Es»colano de Arrieta, mi secretario, escribano de cámara »mas antiguo y de gobierno, se le dé la misma fe y crédito »que á su original. Dada en San Lorenzo á cuatro de no»viembre de mil setecientos noventa y uno.=YO EL REY."



## LEY XL.

*En la sucesion de mayorazgo, aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayorazgo, ó de aquel á quien pertenece, si el hijo mayor dejase fijo ó nieto ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor (por su orden) prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayorazgo pertenecia. Lo cual no solamente mandamos que se guarde y platique en la sucesion del mayorazgo á los descendientes, pero aun en la sucesion de los mayorazgos á los transversales; de manera que siempre el hijo y sus descendientes legítimos (por su orden) representen la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan sucedido en los dichos mayorazgos, salvo si otra cosa estuviese dispuesta por el que primeramente constituyó y ordenó el mayorazgo, que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó.*

*Ab.* En esta y las cinco leyes siguientes trataremos la materia de mayorazgos.

*Esc.* Mucho me alegraré entender esa materia de mayorazgos por ser tan triviales las disputas sobre ellos: mal estan algunos en estos tiempos con los mayorazgos, diciendo que han ocasionado muchos perjuicios al estado.

*Ab.* De modo que en los gobiernos monárquicos, en donde hay distinciones permanentes, juzgo cuasi forzoso el que haya mayorazgos: los males que se han causado no está tanto en que haya mayorazgos, como en el abuso que se ha hecho en fundar libremente, de que ha resultado la multitud indiscreta, fuera de los fines que hubo en la permision de amayorazgar de que trataremos despues: ahora primero conviene que sepas qué es mayorazgo, y por qué derechos se han introducido: luego diremos de qué modos se pueden fundar, y las utilidades y daños de las vinculaciones, y como estos se pudieran remediar, permaneciendo vínculos suficientes á mantener las distinciones permanentes con solo los perjuicios anejos é indispensables á la naturaleza de las vinculaciones: despues dividiremos los mayorazgos en regulares é irregulares, sin omitir quiénes pueden fundar, y de qué bienes, segun la legislacion española, con insercion de los nuevos reales decretos que han salido en el reinado del Señor Don Cárlos IV, y trataremos muchas cuestiones obvias sobre la materia que ocurran en la esplicacion de cada una de las siete leyes de Toro que las tratan, y de que esta cuarenta es la primera.

*Esc.* Muy bien: quiera Dios que no me quede en ayunas de lo mas que vmd. me diga; pero para que pueda entender algo vamos por partes, y en primer lugar dígame vmd. ¿qué es mayorazgo?

*Ab.* Mayorazgo segun le define el Molina que trata de propósito la materia, y cuya definicion no me desagrada: *est jus succedendi in bonis ea lege retrictis, ut in familia integræ perpetuo maneant próximoque primogenito ordine successive conferantur.* Esto es el derecho de suceder en los



bienes que se hayan dejado con la condicion y vínculo de que se perpetúen en una familia, y por orden sucesivo se dén al primogénito de ella: de esta definicion se infiere que el mayorazgo es indivisible, que sucede en sus bienes el primogénito ó mayor (por lo que se llama mayorazgo) de una familia por orden sucesivo perpetuamente; y que para que esto se verifique sus bienes han de ser perpetuamente inalienables.

*Esc.* ¿Y por qué derecho son introducidos estos mayorazgos?

*Ab.* Es comun sentir que el orígen y regla de los mayorazgos de España se debe buscar en la antigua sucesion del reino, cual se pone en la ley 2, tít. 15 de la Partida 2.

*Esc.* ¿Con qué los mayorazgos de España ni son de derecho natural ni de gentes, sino de derecho civil español?

*Ab.* Asi es lo cierto, y que su antigüedad no es del tiempo de los godos, sino posterior á la pérdida de España.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo los mayorazgos de España seguirán el mismo orden que la sucesion del reino?

*Ab.* Que la sucesion antigua del reino sí, segun la describe la citada ley de Partida, cuyas palabras son: "Los »sabios é entendidos tovieron por derecho que el señorío »del reino no toviese sino el fijo mayor despues de la muer»te de su padre: é por escusar muchos males que acaecie»ron, y podian aun ser fechos, pusieron que el señorío del »reino heredasen siempre aquellos que vinieren por la li»nea derecha, é por ende establecieron que si fijo varon y »non obiese, la fija mayor heredase el reino. E aun man»daron que si el fijo mayor muriese antes que heredase, si »dejase fijo ó fija que obiese de su muger legítima, que »aquel ó aquella lo obiesen é non otro ninguno. Pero si »todos estos falleciesen debe heredar el reino el mas pro»pinquo pariente que obiese seyendo home para ello, non »habiendo fecho cosa por que lo debiese perder."

*Esc.* ¿Pues qué hay otra sucesion, ó se sucede hoy de otro modo?

*Ab.* Hoy está alterada en parte por el auto 5, tít. 7,

lib. 5 de la Recopilacion, como puedes ver en él si quieres.

*Esc.* ¿Con qué la sucesion de los mayorazgos de España se regula por la sucesion del reino, segun se describe en la ley de Partida citada, y no segun la alteracion del auto acordado de la Recopilacion?

*Ab.* Asi es lo cierto, porque aunque en el citado auto se alteró en parte la sucesion del reino, nada se innovó ni alteró la de mayorazgos.

*Esc.* ¿Pues de ese modo esta ley de Toro conviene con la de Partida citada en que sucedan los hijos del primogénito, aunque muera su padre en vida del poseedor, con preferencia á los tios, hermanos del padre?

*Ab.* A no ser que otra cosa deje dicho el fundador, dice la ley de Toro que vamos esplicando, en cuyo caso se ha de estar á la fundacion; pero como entonces se sucederá de modo diferente que la ley de la Partida señala para la sucesion del reino, ya no será el mayorazgo regular, pues el regular es el en que se sucede por el órden antiguo de la sucesion del reino.

*Esc.* Pregunto: ¿y de qué modo se pueden fundar los mayorazgos?

*Ab.* El mayorazgo (porque asi lo han querido las leyes de España) se puede fundar por contrato entre vivos, ó por testamento.

*Esc.* Y qué si las leyes de España no lo establecieran asi ¿no podria cualquiera fundar mayorazgo por contrato ó por testamento?

*Ab.* Ni por contrato, ni por testamento: no por contrato, porque el pacto ó contrato de no enagenar una cosa supuesta la entrega de ella y traslacion de dominio, no hace la cosa incapaz de ser enagenable: la razon es, porque el pacto puesto contra naturaleza y sustancia del acto es nulo; de naturaleza del dominio es que tenga la virtud y efecto de que el señor haya el derecho perfecto de disponer de las cosas: luego el pacto, puesto de que el nuevo señor no pueda enagenar la cosa (como sucede en los mayorazgos) es contra su naturaleza, y por consiguiente no debe valer, ademas hay otra fuerte razon, y es que asi



como hablando regularmente, por solo el título y contrato no se transfiere el dominio sin la tradicion ó entrega, asi no se pierde por solo el contrato sin nueva tradicion: con que para que el nuevo señor se prive de la facultad de enagenar la cosa no bastará el pacto ó vínculo hecho en la constitucion del mayorazgo si no hay entrega, porque lo mismo que se requiere para un acto se requiere para su distracto; con que requiriéndose para la adquisicion del dominio la entrega, para la privacion ó revocacion de él se ha de requerir lo mismo, sin que sea bastante solo el pacto ó contrato hecho por el fundador del mayorazgo, y esto se entiende en todo contrato y condicion de no enagenar, cuanto mas en la de no enagenar *in perpetuum*, como sucede en los mayorazgos.

*Esc.* ¿Pues qué diferencia halla vmd. de la prohibicion de enagenar á la de poderse enagenar la cosa *in perpetuum*.

*Ab.* Mucha. Cuando uno contrata con otro el que la cosa que le vende ó le dona no la pueda enagenar, aunque no valga por ser condicion contra la naturaleza del dominio; como esta naturaleza es civil, por convencion de las partes se podrá ir contra ella, pues voluntariamente el nuevo señor parece que puede privarse del perfecto ó completo dominio; pero el que perpetuamente la cosa se haga inenagenable, pase á quien pase en lo sucesivo, tiene mas violencia; pues de aquel, á quien en lo sucesivo pueda venir el dominio, no hay convenio de no poderla enagenar como le hubo del primero á quien pasó; y asi dice mas repugnancia la prohibicion de enagenar *in perpetuum*, como sucede en los mayorazgos, que la temporal impuesta á uno que se convino á ella por su contrato y pacto particular; con que no siendo este pacto solo por sí bastante á hacer la cosa inenagenable aun solo temporalmente, y por la vida del primero á quien pasó, y que convino en ello; cuanto menos lo será para que *in perpetuum* lo sea para cualquiera poseedor, á quien en lo sucesivo pase su dominio.

*Esc.* Pues de ese modo ¿cómo se ha permitido el que se puedan fundar mayorazgos?

*Ab.* Dejando por ahora el si está bien ó mal permitida la fundacion de mayorazgos, ó si estos son útiles ó dañosos, de que hablaremos despues, diré cómo ha podido permitirse, y cómo se ha dado validacion á la prohibicion de enagenar por contrato entre vivos contra las reglas de derecho, virtud y efectos del dominio.

*Esc.* Eso quisiera saber y entender.

*Ab.* Vuelvo á decir que la naturaleza y efecto de que el señor puede disponer libremente de su cosa es naturaleza civil, esto es, lo tiene por el derecho: con que el que la prohibicion de enagenar sea contra la naturaleza y efectos se ha de entender civiles, y por consiguiente aunque el pacto y contrato por sí no pueda hacer eficaz la prohibicion de enagenar, podrá hacerlo la ley, esto es, será escepcion de la regla cuando y en los casos que el mismo derecho civil haya querido dar valor á tales pactos ó contratos.

*Esc.* ¿Y hay algunos casos en que el derecho civil haya querido dar valor á tales pactos?

*Ab.* Hay varios; pero aqui lo que importa saber es de que la ley puede espresamente prohibir la enagenacion de las cosas á sus señores, como sucede á los menores, furiosos &c.; con que con justos motivos tambien podrá dar validacion á los pactos y contratos en que el que dona ó vende, v. gr. impone el vínculo ó carga de que la cosa no se enagene espresa ó tácitamente: hoy tenemos en España terminante la ley 7, tít. 4, Partida 5, de cuya decision se infiere que la prohibicion de enagenar aun tácita se puede poner por el que dona, cuando la tal prohibicion tácita ó espresa es en favor de algun tercero, pues dice que si uno donase á otro una heredad ó cosa hasta cierto dia ó tiempo, con la condicion de que despues de aquel tiempo la restituya á otro, luego que pase el dia, el dominio se adquiere por aquel tercero á quien se manda en el contrato ó donacion restituir, y por lo mismo el que fue dueño hasta el dia ó tiempo señalado no pudo enagenar la cosa por el vínculo de restitucion que tenia, para llegando aquel dia ó tiempo, á favor de otro tercero.



*Esc.* ¿Y qué en testamento se puede prohibir la enagenacion de las cosas á los dueños á quien pasa el dominio?

*Ab.* Es mucho lo que las leyes se han atemperado á dar validacion á las voluntades de los hombres (ojalá no hubiesen estado tan adictas); y asi por derecho comun de los romanos seguido del nuestro se permitió á los testadores poner el gravámen de no enagenar, tanto á los herederos como á los legatarios, en las cosas que se les dejaban; pero siempre habia de ser la prohibicion á favor de alguno; porque si no era á favor de tercero, y sí solo v. gr. mando tal cosa á N., y le prohibo el que pueda venderla; esta prohibicion como sin causa no valia, resolviéndose en un mero consejo, porque las leyes para quitar al dominio sus efectos civiles, ó para dar facultad á los hombres de que puedan poner condiciones y gravámenes á las cosas contra los efectos del dominio, no han querido sea sin causa, cual es el favor del tercero, á cuyo beneficio se prohibe la enagenacion; de lo que se infiere, que si las leyes no diesen espresa facultad á los hombres para que en sus testamentos pudiesen prohibir la enagenacion de sus cosas á favor de tercero, y en ciertos contratos y casos igualmente se pudiesen poner pactos por los que se prohibiera, no podrian ó no valdrian, ni por contrato, ni en testamento las prohibiciones de enagenar, como contrarias á la naturaleza y efectos, aunque civiles del dominio; y los dueños no obstante tales pactos ó gravámenes testamentarios podrian venderlas, y solo serian obligados á dar el interes á aquel á cuyo favor fuese puesta la prohibicion de enagenar.

*Esc.* Dígame vmd. en virtud de la citada ley de Partida, y la permision del derecho de que el testador pueda en favor de tercero prohibir la enagenacion, ¿ya tendremos bastante para que se puedan fundar mayorazgos por contrato ó por testamento, aunque no hubiese leyes en España que diesen facultad espresa de fundarles de uno y otro modo libremente?

*Ab.* Que en España se puedan fundar vínculos ó mayorazgos por contrato ó por testamento es constante y terminante de sus leyes, que espresamente lo dicen ó lo supo-

nen: bástete ver la ley 44, y ya has visto la 27 de Toro; pero no lo es el que en virtud de la ley citada de Partida, y de las demas corroborantes del derecho comun, que permiten en favor de tercero poner gravámen de restitucion, se pudiesen fundar los vínculos y mayorazgos de España, si no hubiese leyes terminantes que lo permitiesen, porque todo el dominio que el hombre tiene en sus bienes no es bastante á que pueda fundar mayorazgos ni en vida, ni en muerte, ni las leyes que le permiten contratar en favor de tercero la prohibicion de enagenar tácita ó espresamente, y á favor de tercero gravarles con la restitucion, alcanzan á la fundacion de los vínculos y mayorazgos de España; y asi toda la validacion y firmeza la reciben de las leyes patrias, que han querido haya esta clase de fundaciones; de modo que desde el dia en que la legislacion tenga por conveniente no solo prohibir la vinculacion futura, sino desvincular los bienes que lo están ya, lo puede hacer, y quedarian los bienes libres, aunque para hacerlo deberian intervenir justas causas; pues asi como para que la ley tenga fuerza de tal, se necesita tenga los requisitos de justa, necesaria ó útil &c., asi la ley nueva que revocase las de mayorazgos, y que quitára á los bienes la vinculacion que hoy tienen, deberia ser con causa de necesidad ó igual utilidad, para que fuese justa y tuviese efecto.

*Esc.* Admirado he quedado de lo que he oido á vmd. en lo poco que entiendo, y puede que dependa de no entenderlo bien.

*Ab.* Puede ser asi; pero mas bien creo que dependa del equivocado concepto que tendrias hecho de estas fundaciones, y de las facultades del hombre en orden á la disposicion de sus bienes; pero para que puedas entender algo, y salir de los errores en que no solo tú, sino mas de cuatro bachilleres en jurisprudencia estan acerca de las facultades del hombre en orden á disponer de sus bienes, y en el que yo algun tiempo estuve por el proverbio tan decantado en mi tiempo en las universidades de que *voluntas hominis facit cessare voluntatem legis:* esto es, que la voluntad del hombre hace cesar la voluntad de la ley, te quiero referir



al pie de la letra lo que en un informe secreto, que hoy ya anda impreso, dice un corregidor de Alcalá de Henares, hablando de la voluntad del hombre, para informar al Consejo en lo que se le mandaba sobre asuntos de colegios, en disputa que se movió en el llamado de los Verdes de aquella universidad sobre las nuevas constituciones de su reforma.

*Esc.* Veamos lo que ese corregidor dice en el informe acerca de la voluntad del hombre.

*Ab.* Dice asi: "Juzgo por doctrina sentada que la vo»luntad del hombre no es por sí bastante á prescribir reglas »para la traslacion del dominio de sus bienes *in perpetuum*, »ni es capaz de mas que de transferir el dominio de sus cosas »ó derecho á ellas hasta el último instante de su vida á la »persona ó personas que en él ya existian *in rerum natura*, »sin que pueda el hombre por sí prohibir la enagenacion de »bienes *in perpetuum*, ni dar derecho alguno á futuras su»cesiones; pues requiriéndose en toda traslacion de dominio »aptitud en el que transfiere, y en el en quien se transfiere, »no hallándose en éste en el último instante de la vida de »aquel, queda por precision ineficaz la voluntad del hom»bre en cuanto se estienda á mas que á disponer á favor »de los que al tiempo de su muerte ya eran *in numero per»sonarum*: ni la aptitud superviniente por el nacimiento del »que quiso el testador llamar es bastante para que tenga »efecto la voluntad; pues no pudiendo el difunto retener »derecho alguno á los bienes ni en los bienes de este mun»do, y transferido el pleno en el último instante de su vi»da en algunos ó entre algunos de los *tunc* vivientes, és»tos son los que pueden disponer respectivamente de ellos, »y su voluntad la que ha de regular la sucesiva trasla»cion entre quienes sean capaces de adquirir. No señor, no »es mas lo que el hombre puede por sí en orden á dispo»ner de sus bienes, ni la última voluntad es por sí capaz de »mas. La validacion y firmeza que hoy damos á las últimas »voluntades en cuanto regulan la traslacion, y gravan los »bienes en favor de futuras descendencias, disponiendo de mas »que lo que Dios y naturaleza les ha concedido, la reciben »de las leyes; estas son las que pueden regular la traslacion

„de los dominios y derechos, y de estas que han dispuesto „sean con arreglo á las últimas voluntades son de quienes „se deriva su validacion y firmeza.

„Engáñanse quienes atribuyen y dan á la voluntad úl„tima del hombre derecho por sí bastante á gravar sus bie„nes, y prescribir para su traslacion *in perpetuum* reglas, „teniéndolas por mas sagradas y de mas firmeza que las le„yes, no entendiendo que de ellas las reciben. ¡Ojalá que „nuestra legislacion no estuviera tan adicta al cumplimien„to de la última voluntad de los hombres, ni permitiera á es„tos tan libre disposicion sobre sus bienes, no padeceria la „nacion los daños que por esta libertad se han seguido, y „hoy vemos y tocamos!

„Permítame V. A. hacer una digresion, y decir que la „libertad que nuestra legislacion concede á la disposicion „del hombre ha acarreado notables perjuicios; la esperiencia „nos lo demuestra todos los dias, siendo los de mayor con„sideracion, y que piden remedio, los que padece la na„cion en la libre facultad de vincular que conceden nues„tras leyes. Ningun justo motivo hallo para esta permision: „el decantado de la conservacion de las casas y familias le „concedo bastante para que haya vínculos y mayorazgos; pe„ro no le puedo conceder para tan libre permision de vin„cular y de mayorazgar.

„No tiene duda que la prohibicion de enagenar los bie„nes á favor de futuras sucesiones, generalmente hablando, „es perjudicialísima á las repúblicas, pues ademas de los „muchísimos daños que de esto se siguen, que vemos y to„camos, y omito referir por no cansar la atencion de V. A., „por ella se privan los ciudadanos del derecho potencial „de adquirir justamente los bienes vinculados que Dios y „naturaleza concede á todos, y sin duda con particulari„dad á los laboriosos y aplicados, pues condenado el hom„bre á comer el pan con el sudor de su rostro, parece ser „mas acreedor á ellos quien mas suda y trabaja. Que los „ciudadanos se priven de este derecho, y sufran otros incó„modos que la vinculacion de bienes trae á la república, „me parece justo y útil, cuando de esta privacion reporte



„la república otros provechos: estos son evidentes en el „premio de los méritos y servicios hechos á la patria, y en „que por medio de él se estimule á todos los conciudada„nos. Justo es y útil la permision de vinculacion de bienes, „concesion de armas, títulos y blasones á favor de la des„cendencia de aquellos que por sus méritos y servicios son „acreedores á que en su descendencia se perpetúe su me„moria; pero la libre facultad de vincular la hallo destitui„da de razon y utilidad, y manantial de conocidos perjui„cios: me seria fácil demostrar la verdad de esta proposi„cion, si no temiera hacer fastidiosa la digresion, y moles„tar la atencion de V. A. en asunto inconexo del que se me „manda informar.”

*Esc.* A la verdad, que aunque no soy jurista, y me parece que tiene razon el corregidor de Alcalá, es cosa nueva para mí toda su doctrina.

*Ab.* Y para muchos profesores de jurisprudencia que no han oido otra cosa en la universidad que *voluntas hominis facit cessare voluntatem legis*, y ellos han entendido mal: supuesto de que á tí acomoda y convence la doctrina del corregidor de Alcalá de Henares, vendras en conocimiento claro que la ley de la Partida, ni el derecho comun en los casos que permite por contrato ó en testamento prohibir la enagenacion á favor de tercero, no es bastante á que se puedan fundar los vínculos ni mayorazgos que tenemos en España, si no hubiese las leyes espresas que los permiten, porque por contrato no podria obligarse mas que á no enagenar las cosas en favor de los que existiesen al tiempo del contrato y sus condiciones: por testamento lo mismo; de que sacamos que las prohibiciones de enagenar que pudiesen hacerse, tanto por contrato como por testamento, solo podian ser temporales; pero no perpetuas en favor de quienes aun no existian en la naturaleza: y como para los mayorazgos de España es forzosa la prohibicion *in perpetuum* de enagenar, síguese no solo que el hombre por sí no tiene facultad de fundar mayorazgos como los de España, sino que en virtud de la permision de las leyes en sus casos de que se pueda prohibir la enagenacion, si no hubiese la ley de España que

concede la de fundar mayorazgos, y hacer prohibiciones *in perpetuum* de enagenar, no podian fundarse ni hacerse prohibiciones de enagenar mas que temporales.

*Esc.* Ahora quisiera me dijese vmd. los daños que se siguen al reino ademas de los que entiendo de lo dicho por el corregidor de Alcalá.

*Ab.* Tambien querrás saber las utilidades, pues por algun fin de utilidad les permitieron nuestras leyes.

*Esc.* Todo lo deseo saber, supuesto que el saber no ocupa lugar.

*Ab.* Vamos primero con las utilidades y conveniencias, y luego diremos de los perjuicios.

El corregidor de Alcalá ya se hace cargo de que el premiar los méritos y servicios que se hacen á la patria es cosa útil, justa y puesta en razon; y por lo mismo, y que la gloria póstuma y amor á la descendencia es un estímulo al hombre para servir á la patria, y hacer acciones heróicas en su beneficio, pareció á nuestros antiguos que en premio de estos servicios convendria la concesion de honores, armas, títulos y blasones, cuyas distinciones fuesen permanentes y se perpetuasen en las familias. Para conservar estas distinciones permanentes en las familias, y la memoria de los héroes que la habian conseguido, conocieron que era forzoso el que tuviesen con que mantenerse los sucesores con decencia, sin necesidad de ponerse á los trabajos, oficios comunes y ordinarios de los demas ciudadanos; y para ello hallaron conveniente la fundacion de vínculos y mayorazgos, cuyos bienes, siendo perpetuamente inagenables, pudiesen mantener con decencia á sus poseedores sin la precision de ponerse á los oficios y trabajos comunes, y pudiesen, siguiendo las huellas de sus mayores, ocuparse en las carreras de armas y letras para ser útiles en servicio del Rey y de la patria.

*Esc.* Buen fin tuvieron nuestros mayores en la permision de vínculos y mayorazgos.

*Ab.* Pero aunque el fin fue bueno, el esceso y abuso que han hecho los hombres ha traido gravísimos daños. A lo dicho en sustancia se reducen todas las utilidades de la permision de mayorazgos, y por lo mismo soy de opinion que



debe haber mayorazgos en España, con consideracion á que en los estados monárquicos conviene que haya gerarquías y distinciones permanentes, que no seria fácil conservar sin vincular algunos bienes para que pudiesen mantenerse con el decoro correspondiente. No creas que porque apruebe las gerarquías y distinciones permanentes apruebe la infamia ni desprecio de los oficios, trabajos y aplicaciones ordinarias, y necesarias ó útiles á la vida, ni menos el engreimiento y altanería de algunos sucesores de los vínculos y mayorazgos, creyéndose superiores á los demas hombres; pues las distinciones permanentes no son mas que civiles, y no dan mas que honor civil, si le saben mantener con su conducta regular, sin dar jurisdiccion ni superioridad sobre los demas conciudadanos, aunque sean por la estimacion y honor civil distinguidos de los demas á proporcion de lo que se les haya concedido por las leyes; y asi el simple mayorazgo no tiene distincion alguna: en quien concurre con la nobleza, y el que la tiene sin mayorazgo, tiene el tratamiento de don, al título de Castilla se permite dar el de señoría, y al grande de España el de escelencia, y varios privilegios y exenciones á cada uno respective; pero estos tratamientos, honores y distinciones respectivas, en nada bajan de la honrada esfera á los demas ciudadanos, ni tienen superioridad, jurisdiccion ni facultad sobre ellos, ni derecho para vejarles ni perjudicarles en cosa alguna; porque los escesos que algunos hayan cometido son efecto de su altanería ó ignorancia, y no facultades que las leyes les conceden; por lo que juzgo que la queja de los que no han nacido de padres distinguidos (en la parte de distincion solamente, y en que ningun perjuicio les causa, pues no les quita á ellos la comun estimacion, y mas que por sus méritos adquieran), mas es efecto de envidia que de otra cosa, aunque no les falta justa causa para quejarse de los abusos y mala conducta de algunos distinguidos, como tambien de los perjuicios que la mala inteligencia de estas distinciones y escesos de los poseedores de mayorazgos han ocasionado.

*Esc.* Pues sepamos los perjuicios que la fundacion de mayorazgos ha traido.

*Ab.* Hay daños que son consecuencia precisa de los mismos vínculos y mayorazgos, y hay daños que pudieran y pudieron remediarse, haciendo el remedio compatible con la existencia de vínculos.

*Esc.* ¿Cuáles son los daños, consecuencia precisa de las vinculaciones?

*Ab.* Primero, el que dice el corregidor en su informe, que consiste en privar á los demas ciudadanos del derecho potencial que tienen á la adquisicion de aquellos bienes: los bienes que por naturaleza fueron comunes, aun reducidos ya al dominio particular, quedaron todos los hombres con el derecho potencial de adquirirlos por justos medios, de cuyo derecho se privan por la vinculacion y prohibicion de enagenar, como dice el corregidor en su informe: Dios y la naturaleza concedieron los bienes al hombre, y como que prefirieron al laborioso y aplicado, á estos se les priva del derecho de poder adquirirlos con su mayor aplicacion y trabajo por medio de la vinculacion, asegurando por ella la subsistencia de sus poseedores, y dispensándoles cuanto está de parte de los fundadores de la universal sentencia *in sudore vultus tui vesceris panem.* Segundo, los daños que la república sufre en la falta de frutos de los bienes vinculados, la esperiencia nos enseña que sus poseedores, unos ocupados en empleos, otros por haraganes y descuidados de su cultivo por faltarles con la vinculacion la necesidad, primer agente de la aplicacion é industria, los mas ó mucha parte abandonan el cuidado de tales bienes, valiéndose de administradores y segundas manos que tratan como agenos, y prefiriendo los gastos de lujo ó de vicio á los que sus bienes necesitan para estar bien reparados y beneficiados, de que resulta, como enseña la esperiencia, que los bienes de las vinculaciones no producen lo que debian producir como los demas libres; y la república sufre el daño de toda la falta de frutos, que es considerable en los bienes vinculados, que un estado de distinciones permanentes para conservarlas es forzoso tenga, cuanto mas si son con tanto esceso como en España.

*Esc.* Eso de la privacion del derecho potencial tal cual podia ser tolerable, y no entiendo en ello el mayor perjuicio; pero el de la diminucion de frutos en lo mal cuidado de los bienes vinculados ese es muy grande y visible: á legua se conoce la heredad que es de vínculo y mayorazgo ó capellanía de las demas, por lo mal trabajada y cuidada que se advierte.



*Ab.* Pues los dos males dichos que sufre la república en la permision de mayorazgos son consecuencia precisa de ellos; esto es, que acaso no se pudieran dar esta clase de mayorazgos en una república sin que á ella y conciudadanos de los poseedores de los vínculos no se siguiese los referidos perjuicios en la vinculacion de bienes; pero con ellos solo sin mas podrá haber mayorazgos para que se verificasen las distinciones permanentes convenientes á un estado monárquico, y se conservase el nombre de la familia de aquellos que han servido á la patria, y sido acreedores á que se perpetúe su memoria; y á la verdad que son bastantes, y no creo de mayor bien la utilidad que la república reporta en que por medio de la vinculacion se perpetúe la memoria de los beneméritos, que sirve de estímulo á los demas, que los referidos daños y perjuicios; pero pudieran pasar por un género de compensacion, y no ser estorbo los citados daños á la permision de vincular á favor de aquellos, cuyo mérito les ha hecho acreedores á que en la posteridad se conserve su memoria.

*Esc.* Sepamos los perjuicios que causan los mayoraz gos, y no son precisa consecuencia de ellos, porque se pudieran precaver ó remediar existiendo los necesarios á mantener las clases y distinciones.

*Ab.* Se reducen á dos especies de daños y perjuicios los que los mayorazgos causan, y pudieran darse providencias para que los hubiese sin causarles: un daño es el de cargar sobre los poseedores de los demas bienes parte de las contribuciones que debian estos bienes vinculados, y que es justo sufran con igualdad á los demas: para que esto lo entiendas con claridad hemos de suponer que los individuos que componen un estado monárquico tienen que contribuir con todo lo necesario á mantener al gefe supremo de él con el decoro correspondiente á su dignidad, y con cuan-

to necesite para mantenernos en paz y en justicia, y que este débito es de todos los individuos á proporcion de sus haberes y consumos. El modo de cargar estas contribuciones para que haya justicia é igualdad proporcional pende de la prudencia y discrecion de los que le acuerdan y determinan. En España entre los ramos de contribuciones se ha acordado una con el nombre de alcabala, pagando en las ventas y permutas de todos los bienes un tanto por ciento: por las vinculaciones de bienes se impiden á estos puedan ser vendidos ni permutados: con que todo lo que estos bienes habian de pagar en las ventas y permutas recae sobre los demas contribuyentes, porque como se haya de contribuir con cuanto sea necesario para los gastos de la monarquía, si dejan de contribuir en ventas y permutas los bienes vinculados diez millones, v. gr., esos han de recaer sobre los demas contribuyentes: mas claro, si la venta de las heredades del reino á un siete por ciento que hoy pagan arrojan veinte millones, no pagando, porque no pueden ser vendidas la mitad de ellas vinculadas, si no lo estuviesen, y se vendiesen y permutasen, para sacar los veinte millones bastaria un tres y medio por ciento; con que los bienes vinculados gravan, con la prohibicion de ser enagenados, á los demas no vinculados en sus ventas y permutas con un tres y medio por ciento.

*Esc.* ¿Y cómo se pudo haber precavido este mal subsistiendo mayorazgos en España?

*Ab.* Se pudo haber ocurrido, y puede, aunque tarde, hoy ocurrir (y en esto viene bien el adagio de mas vale tarde que nunca) con haberse establecido ó establecerse el que para que se permita y sea válida la prohibicion de enagenar *in perpetuum*, á que la voluntad del hombre no es bastante sin el auxilio de la ley, y fuesen firmes y perpetuas las vinculaciones hechas y que se hiciesen, pagasen un cánon ó pension proporcionada y equivalente, en un juicio prudencial, á lo que sus bienes, si quedasen en el círculo libre, pudieran contribuir por sus ventas y permutas: supongamos se hiciese una regulacion de que cada cincuenta años se celebrase una venta, y con arreglo á esta regula-



cion, y lo que las ventas de los demas bienes estuviesen gravadas, computar el cánon ó pension que debian pagar en cada un año, para que en los cincuenta arrojase lo que de una venta ó permuta contribuirian, y de este modo subsistiendo los mayorazgos y vínculos para mantener las distinciones permanentes, y que se conservase la memoria de los que se hubiesen hecho acreedores á ello, causando los daños y perjuicios inevitables, consecuencia precisa de ellos, que son los de privarse los demas conciudadanos del derecho potencial de adquirirlos, y la república sufriendo la pérdida de la diminucion de frutos, á si estuviesen en manos cultivadoras y libres, se evitaba el daño que hoy ocasionan de cargar los demas bienes, y á los demas contribuyentes con el gravamen de pagar aquellas contribuciones que pagarian los bienes vinculados si no lo estuviesen.

*Esc.* A la verdad que seria una cosa justa el que ya que se permitiesen vincular bienes por los fines dichos, y que sean inevitables los primeros dos daños y perjuicios; al que quisiera que su nombre se conservase en su familia, fuese pagando los bienes que vinculase un equivalente á las contribuciones que el erario perdia, y han de cargar sobre los demas, por el hecho de concederles la prohibicion *in perpetuum* de ser enagenados, y ya que no se pudiesen evitar los dos daños, consecuencia precisa de las vinculaciones, no se estendiesen á mas; á lo menos se evitase este de la carga mayor en contribuciones á los que no poseen bienes vinculados. Y ahora dígame vmd., ¿cuáles son otros perjuicios que causan y podian evitarse subsistiendo los vínculos y mayorazgos?

*Ab.* Hay otro daño que causan en España los mayorazgos á la agricultura, artes é industria, fomentando la ociosidad, altanería y atraso de la poblacion, cuyo daño le causan no todos los vínculos, sino los cortos, que es el mayor número: en los vínculos crecidos con que puede mantenerse una familia con toda decencia, y dar carrera y educacion correspondiente á sus hijos los poseedores, se verifica el fin de la fundacion de los mayorazgos, aunque causen mayores daños que utilidades; pero en los vínculos cortos,

ademas de los daños que como los otros causan á la república no se verifican los fines de utilidad, pues no pueden mantener aun á sus poseedores con decencia y con distincion, y no solo causan los daños que los demas vínculos, sino que causan otros particulares daños considerables á la república que no causan las vinculaciones grandes.

*Esc.* Hágame vmd. demostracion de ello.

*Ab.* Es en el hombre el amor de sí mismo natural y muy espuesto despues del pecado á dejarse desordenar, en cuyo caso se llama comunmente amor propio; de modo que por el uso comun, amor propio es lo mismo que amor desordenado de sí mismo. Cualquiera cosa que favorezca el desorden de este amor vemos que lo suele conseguir: por lo mismo sucede y la esperiencia nos enseña que varios poseedores de mayorazgos y sus hijos, dejados llevar de este amor propio, se engañan con la distincion que creen les da el mayorazgo sobre los demas ciudadanos, por lo que tienen á menos (aun cuando el vínculo no sea suficiente á mantener la familia con decencia) aplicarse á la agricultura, artes y oficios, de que resulta su ociosidad, los vicios anejos á ella, su necesidad, y la imposibilidad de tomar estado del matrimonio, á escepcion del primogénito. ¡Cuántos brazos pierde la agricultura, fábricas y oficios! ¡Cuánto la poblacion con tantos célibes! ¡y cuánto se aumentan los vicios con tantos ociosos! No los puedo yo calcular aunque los conozco. Estos males que tanto han dañado y dañan á la república española son solo de los muchísimos mayorazgos incongruos que no pueden mantener las familias de sus poseedores en la clase de distincion, porque las vinculaciones crecidas que pueden mantenerlas como corresponde, y dar carrera á los hijos de los poseedores, no les causan. Es cierto que el amor propio hace en ellos los mismos efectos de engreimiento si no son cuerdos y prudentes; pero como tienen proporcion de dar á sus hijos carrera, ademas de la utilidad que el estado consigue de ellos en las carreras en que trabajan, mediante su aplicacion en la que sus padres les han podido mantener, consiguen con que poder subsistir, y esto les facilita el poder



casarse: la instruccion les hace menos altaneros por los conocimientos que con ella adquieren, y sus destinos contribuyen á evitar la ociosidad y los vicios, efectos de ella.

*Esc.* No hay duda que los males que con los vínculos cortos se han seguido, y sufre hoy España, son incalculables: ¿y qué remedio para que no se verificasen ó se evitasen?

*Ab.* El remedio hubiera sido el que con arreglo al fin de la permision de amayorazgar, no pudiéndose conseguir por medio de las cortas vinculaciones, causando estas los daños que las grandes sin utilidad, ademas de los muchísimos que acabamos de decir que no causan aquellas, se hubiese prohibido hacer vinculaciones y fundar mayorazgos en menos cantidad de aquella que la prudencia dictase ser necesaria para mantenerse una familia con distincion, y dar á los hijos distinguida carrera, y á las hijas colocacion por medio de decentes dotes, señalándose la cantidad por las leyes, y estendiéndola ó moderándola de tiempo en tiempo segun las circunstancias: en una palabra, si como el sabio decreto del señor D. Cárlos IV, que salió en el año de 890, se hubiese hecho ley igual en las Córtes de Toro, cuando se hicieron las que vamos comentando, estaban estos daños evitados y otros muchos.

*Esc.* Quisiera me dijese vmd. á la letra el real decreto.

*Ab.* Dice asi: "Por decreto de este dia he tomado pro-„videncia para evitar los daños que causa al estado el aban-„dono de casas y tierras vinculadas y otras, cuya enagena-„cion está prohibida, oyendo al Consejo mas radicalmente „sobre estos y otros puntos encargados por el Rey, mi „augusto padre, en algunos artículos de la instruccion que „formó para direccion y gobierno de la suprema junta de „estado; y teniendo estos males su orígen principal en la „facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes „perpetuamente, abusando de la permision de las leyes con „otros perjuicios de mucha mayor consideracion, como son „los de fomentar la ociosidad y la soberbia de los vasallos „poseedores de pequeños vínculos ó patronatos, y de sus „hijos y parientes, y privar de muchos brazos al ejérci-

„to, marina, agricultura, comercio, artes y oficios: he „resuelto que desde ahora en adelante no se puedan fundar „mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó de me- „jora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herede- „ros forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenacion de „los bienes raices ó estables por medios directos ó indirec- „tos, sin preceder licencia mia ó de los Reyes mis suce- „sores, la cual se concederá á consulta de la cámara, pre- „cediendo conocimiento de si el mayorazgo ó mejora lle- „ga ó escede, como deberá ser, á tres mil ducados de „renta: *si la familia del fundador por su situacion pueda* „aspirar á esta distincion para emplearse en las carreras mi- „litar ó política con utilidad del estado, y si el todo ó la „mayor parte de los bienes consiste en raices, lo que se de- „berá moderar, disponiendo que las dotaciones perpetuas „se hagan y situen principalmente sobre efectos de rédito „fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de ban- „co, ú otros semejantes; de modo que quede libre la cir- „culacion de los bienes estables para evitar su pérdida ó „deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna „parte muy necesaria ó de mucha utilidad pública, decla- „rando como declaro nulas y de ningun valor ni efecto las „vinculaciones, mejoras y prohibiciones de enagenar que „en adelante se hicieren sin real facultad, y con derecho „á los parientes inmediatos del fundador ó testador, para „reclamarlas y suceder libremente, sin que por esto sea mi „ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal „que sea sin vinculacion perpetua, mientras no concurra li- „cencia mia, á cuyo fin derogo todas las leyes y costum- „bres en contrario." Por este real decreto vendrás en cono- cimiento del abuso que se ha hecho de las leyes que per- miten la vinculacion: que para que se permita vincular es forzoso (y no debia haberse permitido de otro modo) el que haya mérito en la familia que la haya hecho acreedora á alguna distincion del comun de los ciudadanos: que la abundancia de vínculos fomenta la ociosidad, perjudica á la agricultura, artes é industria; y por último que los vínculos deben ser aun concurriendo mérito (porque de



otro modo es gravar al estado sin justo motivo) suficiente para mantener á sus poseedores con distincion, y que pue- dan dar carrera á sus hijos, que el real decreto gradúa en tres mil ducados de renta.

*Esc.* Tiene vmd. razon, que si cuando se promulga- ron estas leyes de Toro hubiesen previsto que se podia hacer abuso de la permision de vincular, y se hubiese prohibido toda vinculacion sin licencia real, que no se concediera sino en los términos que el sabio decreto del señor Rey Don Cárlos IV dice muchos daños se hu- bieran precavido á la república por todos los lados que se mire.

*Ab.* Advierte que el sabio real decreto supone de que aunque haya mérito, y sea en la cantidad de tres mil du- cados de renta, no se concederá licencia para fundar en bienes estables y raices, sino en alguna leve cantidad, y sí en censos, juros, acciones de villa y banco &c., para evi- tar los daños en la falta de frutos en su menor cultura y cuidado, y el gravamen que causa á los demas contribu- yentes lo que tales bienes dejan de contribuir en ventas y permutas por la prohibicion perpetua de ser enagena- dos. ¡O y si se hubiese mandado esto doscientos años antes!

*Esc.* En fin, mas vale tarde que nunca.

*Ab.* Es cierto: y siempre su autor será acreedor á los mayores elogios, pues el que venga tarde no está en culpa suya; pero es ya un tiempo en que cuasi todos los bienes raices y estables del reino estan vinculados, y prohibida su circulacion, porque entre mayorazgos, capellanías, ór- denes militares, monasterios y conventos estan los mas de los bienes raices y estables del reino.

*Esc.* ¿Y no habria remedio para unos males tan gran- des, esto es, para sacar de las vinculaciones gran parte de los bienes estables que hoy tienen?

*Ab.* Me parece que sí. Ya el señor Don Cárlos IV em- pezó á tratar en parte de eso; pero son tantos los asuntos que en el dia llaman su real atencion, que no se ha ade- lantado en ello, como su real voluntad quisiera, y en

prueba puedes ver otro decreto real de la misma fecha de 28 de abril de 1789.

*Esc.* Venga le leeré: dice asi.

"El abuso que se ha hecho de la libertad ilimitada de „vincular toda clase de bienes raices, y destinarlos á fun- „daciones ó dotaciones perpetuas, ha causado y está cau- „sando daños imponderables al estado, por impedirse la „circulacion de tales bienes entre los vasallos que pudieran „conservarlos, de que se ha seguido la deterioracion y fal- „ta de cultivo de muchas tierras, y la ruina de casas y „otros edificios útiles con detrimento de todas las artes y ofi- „cios, cuyos progresos dependen principalmente de los ade- „lantamientos de la agricultura y poblacion. Para remediar „estos y otros daños, y precaverlos para lo futuro, encargó „el Rey mi augusto padre en algunos artículos de la ins- „truccion que formó para la junta de estado, de los cuales „acompaña copia, que se tomasen varias resoluciones, y se „tratase y examinase la materia con la reflexion que corres- „pondia á su importancia; y deseando no retardar en lo po- „sible la ejecucion de las sabias máximas de tan esperimen- „tado Monarca: He resuelto por ahora que desde luego se „estiendan á todos mis reinos y señoríos los artículos 5 y 6 „de la real provision del Consejo de 20 de octubre de „1788, espedida en vista de lo consultado por una junta „de ministros del mismo, para edificar en los solares yer- „mos de Madrid, entendiéndose con los corregidores de los „partidos de realengo, aun respecto del territorio de las „villas eximidas, lo que se encarga al de Madrid por di- „cho artículo 6. Y respecto de que en las tierras abando- „nadas y eriales militan las mismas, y aun mayores razo- „nes, como tambien todas aquellas que admitan nuevos „plantíos y regadíos, que hasta ahora no hayan tenido, per- „diéndose las grandes cosechas de granos y frutos que tan- „to conducirian á evitar las calamidades públicas; quiero „que el Consejo, sin detener la espedicion de la cédula ci- „tada sobre casas y edificios, me proponga las reglas y pre- „cauciones con que se podrá espedir otra sobre los mismos „principios, para remediar el abandono de las tierras vin-



„culadas, ó prohibidas de enagenar, y promover su cul- „tivo, riego y plantacion, todo con la mayor brevedad por „lo que urge, y deseo el remedio de tan graves males; „y que sin perjuicio de lo que me propusiere en esto me „consulte separadamente todo lo que se le ofrezca y pa- „rezca sobre los demas puntos que se tocan en los citados „artículos de la instruccion de estado. Tendráse entendido „en el Consejo para su cumplimiento. En Aranjuez á 28 de „abril de 1789."

*Ab.* El remedio será bueno en los mayorazgos grandes y suficientes á mantener las familias de sus poseedores, hacer lo que dice el real decreto que acabas de leer; pero con los insuficientes ó incóngruos darles por el pie seria lo mejor.

*Esc.* ¿Con qué segun eso vmd. opina que todos los mayorazgos que no llegan al valor de los tres mil ducados se diesen por el pie?

*Ab.* Lo que opino es, que todo vínculo que no fuese suficiente para mantener á sus poseedores con decencia, y capaz de que con ella pueda dar estado á sus hijos, se deshiciesen y desvinculasen sus bienes; si se creia ser necesarios para ella los tres mil ducados se desvinculasen todos los que bajasen, y si dos mil ducados, ó menos, esa cantidad se señalase para la graduacion de vínculos cóngruos, y los que bajasen de ella se pusiesen sus bienes en libertad; y mas haria, pondria la obligacion espresa á los poseedores de dar carrera y estado á sus hermanos, y de dotar á hermanas, si no tenian ellos bienes suyos con que seguir la carrera, y dotarse competentemente, para que de ese modo no se verificasen los perjuicios de fomentar haraganes y ociosos, y atrasar la poblacion, antes bien contribuyesen á que los hijos de sus poseedores fuesen útiles como los demas conciudadanos.

*Esc.* Disimule vmd. que le diga que aunque no hallo dificultad en que para lo sucesivo no se permitan fundar vínculos en menos del valor anual de los tres mil ducados, y en que se les impusiese á los que de nuevo se fundasen la carga y obligacion de dar carrera á los hermanos y do-

te á las hermanas, segun su calidad y valor, mayor ó menor de los vínculos la hallo grande, en que pudiesen desvincularse los mayorazgos incóngruos, y gravar á los poseedores de los cóngruos con la carga de dar carrera, y dotar á los hermanos y hermanas respective: lo uno porque las citadas fundaciones se han hecho con autoridad de las leyes, y lo otro que los fundadores no les impusieron tal carga.

*Ab.* ¿Con qué tú ya conoces y confiesas de que la validacion de los vínculos y de la prohibicion de enagenar sus bienes no proviene de la facultad que la voluntad de los fundadores por sí tuviese, sino de la autoridad de las leyes?

*Esc.* No tengo dificultad en confesarlo, porque estoy convencido de la doctrina del corregidor de Alcalá en el informe.

*Ab.* ¿Tambien confesarás los graves perjuicios que al estado se están siguiendo de las cortas vinculaciones sobre los generales de todas, y que con ellas no se verifica el fin de la permision de amayorazgar?

*Esc.* Tambien confieso y conozco todo eso.

*Ab.* ¿Con qué si la ley anulase todas las vinculaciones hoy hechas, en el supuesto de que de las leyes reciben su firmeza, quedarian sus bienes libres, siempre que la ley fuese justa y útil, y tuviese los demas requisitos que dijimos son necesarios para que las leyes obliguen?

*Esc.* A la verdad me parece que sí.

*Ab.* Y dime, ¿qué ley deberia subsistir? ¿una que de su abuso se estaban siguiendo daños notables al estado, ú otra que los remediaba y cortaba?

*Esc.* La segunda sin duda, y no la primera.

*Ab.* Con que si la primera en la parte que fue notoriamente dañosa, y de ninguna utilidad, no debia subsistir, ¿no tendrán autoridad las leyes para quitar de la república todo lo que la pueda dañar? Por la utilidad comun se puede privar á un tercero de lo que es suyo por derecho; ¿y no podrá deshacerse una cosa que solo pudo subsistir en virtud de las leyes, y que fue contra su espíritu é intenciones, siguiendo su letra, y que es de notable daño á la misma república? Pregunto: ¿á quién se daña en anular semejantes vinculaciones? ¿á quién se le quita el derecho adquirido?



*Esc.* ¿A quién se daña? á los futuros sucesores.

*Ab.* ¿Y quiénes son estos? ¿existen?

*Esc.* Los no nacidos cierto que no existen; pero sí los primogénitos y sucesores inmediatos que están nacidos.

*Ab.* Vamos por partes: con que los futuros sucesores no nacidos, como que *nullius entis nullæ sunt qualitates*; ya conoces que no reciben perjuicio por no quitárseles derecho alguno, si antes de nacer se anulasen las vinculaciones.

*Esc.* A la verdad que no me atrevo á decir lo contrario en cuanto á los no nacidos; pero en cuanto á los ya nacidos digo que se les quita el derecho.

*Ab.* ¿Con qué se podrán anular las vinculaciones siempre que se reserven para los ya nacidos?

*Esc.* En ese caso no tengo dificultad el que se anulen.

*Ab.* Pues de ese modo tenemos ya el remedio para los males que nos causan los mayorazgos insuficientes y de corta renta; aunque juzgo que no faltará quien opine que á escepcion de los actuales poseedores ninguno de la familia tiene hoy derecho á los vínculos y mayorazgos, fundando su opinion en que cuando uno es llamado *sub conditione*, no tiene derecho hasta que se verifique la condicion, por lo que dice el Molina, *de Primogenis*, lib. 2, cap. 12, que el primero es llamado al mayorazgo espresamente, y los demas bajo la condicion que aquel no suceda ó que muera antes: por lo que él mismo en el lib. 3, cap. 14, dice: que en vida del poseedor no se pueda intentar accion para que se declare el legítimo sucesor, por no admitirse accion sobre la condicional, y con estos fundamentos habrá quien diga que anuladas hoy las vinculaciones cortas sin perjuicio de los actuales poseedores, ninguna injusticia ni perjuicio se hacia á los demas de la familia ya nacidos, cuya opinion se podia sostener en la cátedra; no obstante como el derecho de suceder, ya sea *sub conditione*, ya para tiempo

incierto *an, vel quando*, pudiendo verificarse la condicion, ó llegar el tiempo, sea *aliquid juris*, seria de dictámen que se anulasen las vinculaciones cortas é insuficientes, reservando ó compensando este derecho á los inmediatos que hubieran de suceder, y que vivian al tiempo de la promulgacion de la ley, en que se anulasen dichas vinculaciones, sin quitarles ni darles mas derecho del que pudiesen tener en su caso.

*Esc.* ¿Y cómo se podia esto hacer?

*Ab.* En la misma ley en que se anulasen todas las vinculaciones, que no llegase su renta al valor anual que se tuviese por conveniente señalar por regla de vínculos suficientes, se podia mandar que los actuales poseedores no pudieran usar libremente de ellas, y las disfrutasen en vida como hasta allí, para que reservando la mitad de los bienes para el que segun la antigua fundacion del vínculo hubiese de suceder, si en el dia de la promulgacion de la ley hubiese nacido, ó naciere en los nueve meses siguientes, pudiese repartir entre los demas hijos, incluyéndose como uno de tantos el primogénito, los demas bienes; esto es, la otra mitad, sin poder en ellos mejorar ni exheredar á ningun hijo, sino solo dividir por iguales partes, y la mitad reservada que la llevase el que á la muerte hubiese de suceder, si fue nacido ya, ó dentro de los nueve meses siguientes á la publicacion.

*Esc.* ¿Y si solo tuviese un hijo el poseedor del mayorazgo?

*Ab.* Ninguna disposicion habia de tener de los bienes, y reservarlos todos para el sucesor, y este si su inmediato habia nacido en el tiempo de la ley, reservar para él la mitad como va dicho, y dividir entre los demas hijos, incluso el primogénito, la otra mitad; y si no habia nacido el primogénito antes de la ley, repartirlos entre todos los hijos en calidad de libres, sin poder venderlos ni hacer mejoras del último poseedor.

*Esc.* Y si cuando fuese promulgada esta ley hubiese hijo y nieto, ó nieta de él, nacidos ó que naciesen dentro de los nueve meses.



*Ab.* En este caso como el nieto escluya á los demas hijos, se deberá esperar al tiempo de la muerte del poseedor; si ántes faltaba uno de ellos, ó el hijo ó el nieto, desde que faltase hacer lo dicho antes, y si el poseedor moria, vivos los dos, hijo y nieto, la mitad de los bienes reservarlos para el nieto si sucediese; la otra mitad partirla entre sus hermanos segun el orden de suceder *abintestato*; pero reteniendo el hijo primogénito el usufructo de todos por la vida del hijo suyo, nieto del poseedor nacido al tiempo de la promulgacion de la ley.

*Esc.* ¿Y los que hoy no tuviesen hijos?

*Ab.* Desde luego habian de poder usar libremente de la mitad de los bienes, y la otra mitad reservarlos hasta la muerte: si tenia hijos para repartir entre ellos por iguales partes, sin poder mejorar, ni preferencia de mayor, supuesto nació despues de la ley, y sin derecho; y si moria sin hijos para el pariente que segun el orden de los mayorazgos hubiera de suceder, y justificarse hallarse nacido á la promulgacion de la ley, ó dentro de los nueve meses; y no siendo nacido en este tiempo el que segun la fundacion debiere de suceder, se aplicarán á los herederos *abintestato*, no á los *ex testamento* del difunto.

*Esc.* Y qué ¿cree vmd. justa compensacion al sucesor ya nacido con reservarle la mitad de los bienes?

*Ab.* Sí: lo uno porque no tenia mas que un derecho condicional cuando los bienes se desvincularon al usufructo, ó dominio útil de todos los del mayorazgo (la propiedad la estimo de mas valor que el usufructo): con que si por el usufructo de todos se le daba la propiedad y dominio pleno de la mitad, me parece quedaba compensado.

*Esc.* Y el derecho que tenia á pasar á su hijo el dominio útil de todos los bienes ¿no es algo?

*Ab.* El no tenia derecho de pasar el mayorazgo al hijo, sino que la ley le daba al primogénito el de suceder; y cesando la ley, como cesó, por la nueva de desvinculacion, nació ya el primogénito sin ningun derecho al mayorazgo.

*Esc.* Quedo convencido de que se podian evitar los

males que el estado sufre de las vinculaciones cortas, é insuficientes á mantener con decencia las familias de los poseedores, anulando todas estas vinculaciones, y sin dar ni quitar derecho alguno á los sucesores que hubiesen nacido, ó sido engendrados antes de la promulgacion de la tal ley, compensándoles el derecho condicional que al dominio útil ó usufructo tuviesen: y veamos ahora los daños de los mayorazgos en España por el esceso de bienes en un poseedor.

*Ab.* Vuelvo á repetir que en España y todo estado monárquico, en donde se ha tenido por conveniente el que haya distinciones permanentes, y conservar la memoria de los héroes que se han distinguido en servir á la patria, es útil para estos fines el que haya vinculaciones; que estas vinculaciones, que son útiles para los dichos dos fines, traen ciertos perjuicios, que hemos demostrado como consecuencia indispensable de las tales vinculaciones, y por lo mismo no deben permitirse mas que en una moderada cantidad de bienes bastantes para conservar distinciones permanentes de los que hayan sido acreedores á ellas, evitando todos los demas males, que no son precisa consecuencia de las vinculaciones bastantes al fin de la permision, haciendo que las que subsistan paguen un equivalente á los derechos de que el erario se priva por la prohibicion de enagenar sus bienes, y anulando las cortas en que no se verifica el fin y utilidad de tales permisionee de vincular en la forma dicha; pero ademas hay otros males que son causados del esceso de bienes vinculados en un poseedor, cuyos vínculos y mayorazgos deben subsistir, y en los que se consigue el fin de la permision de vincular; pero como pueden remediarse permaneciendo vínculos, y sin perjuicio del fin de la permision deben de enmendarse, pues estos no son consecuencia precisa de los mayorazgos, sino del exceso de bienes en un poseedor.

*Esc.* Sepamos cuáles son esos males.

*Ab.* Estos son los que causan por el lujo devorador, y la mayor estraccion de numerario fuera del reino.

*Esc.* Que el lujo es causa de la mayor estraccion de dinero, ya lo entiendo; ¿pero qué tienen con el lujo los muchos bienes vinculados en un poseedor?



*Ab.* Mucho: los hombres por efecto del amor propio no solo no se contentan con lo necesario para vivir segun su estado, sino que se pasan á desear deleites, regalos mayores, y mas que lo que la prudencia y razon dictan: para conseguirlos son necesarios bienes y rentas escesivas, sin las que ni es regular intentarlos, ni aunque los intenten pueden conseguirlos; y para conseguir el hombre sus gustos y caprichos gasta sus rentas, y al paso que estas sean mayores, lo son los escesivos gastos y lujo.

*Esc.* Pues yo he oido decir que es conveniente que los grandes mayorazgos gasten todo lo que tienen aunque sea en lujo.

*Ab.* Cierto que los que tienen escesiva renta es conveniente que la gasten para que circule el dinero; pero seria mejor el que no la tuviesen tan escesiva, para que no pudiesen tener tanto lujo ni fomentarle con tanto esceso: el lujo para un bien político que trae, cual es el fomento de las fábricas y manufacturas del lujo del reino, trae muchísimos perjuicios al estado, y mas en el que se necesitan manos para la agricultura, y para las fábricas de necesidad y utilidad (si no las hay de lujo en el reino, y sale el dinero fuera, es otro mal), son de consideracion en lo político, ademas del incomparable de la corrupcion de las costumbres, y otro mal.

*Esc.* ¿Y cuál es ese mal?

*Ab.* ¿Cuál? El que los mayorazgos de escesivas rentas sean de una, sean de muchas vinculaciones, constituyen infelices y necesitadas á todas las clases de distincion del estado.

*Esc.* Como que hacen infelices á todas las clases de distincion del estado.

*Ab.* Y añado sin ser ellos felices: estáme atento, y verás una cosa que estás tocando todos los dias, y aun no la habrás visto.

*Esc.* Quiero que vmd. me lo demuestre.

*Ab.* Si has hecho reflexion sobre ello hallarás que el hombre tiene con poco para el socorro de sus necesidades precisas, y que lo que le trae crecidos gastos son los gus-

tos, placeres y deleites que ha inventado, buscando en ello felicidad que no hay, ni ninguno ha hallado: está condenado al trabajo, y para evitar esta pena desea los bienes, los desea en cantidad crecida, para con su renta, y sin emprender trabajo alguno mantenerse: conseguido esto, no se contenta, desea mas y mas, para proporcionarse mas y mas comodidades y gustos; para esto si consigue bienes, añade á lo necesario, primero una regular comodidad, despues criados y mas criados, coches y mas coches, costosos vestidos, adornos de casa, y escesivas mesas, y todos estos aumentos de lujo no son al paso de sus deseos, porque estos pasan mas allá, si no á proporcion de las rentas que junta; de modo que por crecidas que sean nunca llegan con sus deseos; de que resulta su infelicidad, porque no consigue los gustos que apetece por falta de rentas; y con los que consigue se constituye necesitado y empeñado, siendo verdaderamente necesitado de lo que con ansias apetece, y por consiguiente infeliz.

*Esc.* Muy bien que el que junta muchas rentas, y gasta mas, y desea mas y mas gustos, será infeliz; pero no entiendo el que constituya á los demas de distincion infelices.

*Ab.* Digo que el que haya algunos en una república que tengan escesivos mayorazgos constituye á los demas de su clase en felicidad: supuestas las pasiones del hombre, y lo que la esperiencia nos enseña, estos de crecidas rentas, todas las consumen, y para consumirlas es forzoso de que añadan á la decencia de su distincion escesivo lujo en sus vestidos y mesas &c. Estos escesivos gastos vienen con el tiempo á hacer costumbres, y cree el hombre que todo es necesario para la decencia de su clase y distincion: ¿y qué sucede en esto? que todos los demas de su clase desean y solicitan hacerlos iguales, porque creyéndose de la misma distincion les parece tienen justo motivo de desear el tren y ostentacion que los otros gastan; y como no tienen renta para ello, vienen á ser infelices, creyéndose pobres y necesitados en su clase: y mas que por procurar igualarse aplican todas sus rentas al lujo y ostenta-



cion, sin reservar parte alguna para el cumplimiento de sus verdaderas obligaciones, de casar y dar estado y educacion á sus hijos: este mal ejemplo siguen á proporcion los de la clase siguiente, de lo que resulta verse en la misma infelicidad y falta de cumplimiento á sus verdaderas obligaciones; y no para aqui el mal, sino que pasa á los empleados y depositarios de la justicia, quienes no pudiendo el Estado darles unas dotaciones escesivas, sino moderadas, no pueden atender con ellas á los gastos que el mal ejemplo de muchos poseedores de los escesivos mayorazgos ha introducido como precisos y de costumbre, y ellos desean con ansia atender: aqui, aqui sí que son los males de marca mayor.

*Esc.* ¿Y qué remedio á tantos males?

*Ab.* Ya por otro sabio real decreto del Señor Rey Don Cálos IV se ha propuesto; pero juzgo que el mal exige remedios de mayor actividad.

*Esc.* ¿Y á qué se reduce ese real decreto?

*Ab.* Dice á la letra asi: "Aunque por la ley 7, tít. 7, „libro 5 de la Recopilacion, se prohibió que se uniesen por „via de matrimonio los mayorazgos que escediesen de dos „cuentos de maravedís de renta, y se estableció el método „de dividirse entre los hijos y descendientes de los poseedo„res, no se ha conseguido evitar los inconvenientes y per„juicios del Estado que se propuso el legislador; ya por„que la ejecucion de la ley no ha sido promovida y soste„nida como deberia por las determinaciones judiciales de los „tribunales de justicia, ya porque la renta que se fijó para „la incompatibilidad legal ha llegado con la variedad de los „tiempos á ser muy corta para la subsistencia, decoro y „lustre de los poseedores, ya porque la prohibicion de unir„se tales mayorazgos se ha limitado y entendido para el caso „preciso en que contrajesen matrimonio los mismos que los „poseyesen, sin estenderse á los casos en que la union se ve„rificase por sucesion en las descendencias ó parentelas de los „tales contrayentes; y habiendo resultado de estas causas „los daños que quiso precaver la citada ley, pues se han „unido, confundido y acabado tantas casas principales y pri-

„mitivas de estos reinos, que apenas queda una pequeña „parte de las que hubo, pereciendo la memoria de sus ilus- „tres fundadores y de los grandes hombres que han produ- „cido en las carreras militar y política, con detrimento ir- „reparable del Estado, que ha perdido y pierde en esta por- „cion escogida de la nacion uno de sus mayores recursos, „como que se disminuye y falta la propagacion legítima de „las ramas subalternas de tales familias, cuando no tienen „dotacion competente para contraer matrimonio y estable- „cerse: He resuelto que para ocurrir al urgente remedio de „estos y otros males gravísimos que han causado y causan „tales uniones escesivas de mayorazgos y sucesiones vincu- „ladas examine el Consejo, y proponga con la prudencia, „zelo y amor á mi servicio, y al bien público, que acos- „tumbra, la ley que convenga promulgar, escusando dis- „cusiones, que no consentiré, sobre el punto de mi autori- „dad soberana, para determinar lo mas conveniente en la „materia, por estar sólidamente fundada sobre los principios „del derecho de gentes y de la constitucion de mi corona, y „sobre las providencias tomadas en Cortes y facultades de „la sociedad general del reino y de su Gefe, para conte- „ner los perjuicios que sufre con la libertad inmoderada, y „el abuso de los testadores y fundadores. Y entre tanto que „el Consejo evacua este encargo con la posible brevedad, „declaro y mando, que si los poseedores de mayorazgos uni- „dos acudiesen á la Cámara para pedir alguna division en- „tre sus hijos con el objeto de dotarlos ó casarlos, me hará „esta presente con las cláusulas de las fundaciones lo que „resultare acerca de sus rentas líquidas bajadas cargas, y „siempre que en los grandes escedan las del mayorazgo ó ma- „yorazgos en que haya de suceder el primogénito de ochen- „ta á cien mil ducados; en los títulos de cuarenta á cin- „cuenta mil, y en los particulares de veinte mil, se me „propondrá, y concederé facultad para la division y sepa- „racion de otros mayorazgos en los términos prevenidos por „la espresada ley del reino, y no se permitirá ahora ni „en tiempo alguno que acordada la tal division se admita „demanda, ni siga pleito en los tribunales contra ella, de-



„jando libre solamente el recurso á la Real Persona por las „causas de obrepcion ó subrepcion acerca del valor legíti- „mo de las rentas.”

*Esc.* ¿Con qué antes de los tres reales decretos era libre vincular todos los bienes sin licencia del Rey?

*Ab.* De modo que si no habia hijos ni herederos forzosos se podia tanto en vida como en testamento vincular todos los bienes: si habia herederos forzosos, aunque fuesen hijos, podian vincular el tercio y quinto á favor de sus descendientes, y poner el gravamen que quisieran, sin necesitar licencia del Rey, de que hablaremos en la ley 44 de Toro; pero para hacerla de todos sus bienes teniendo herederos forzosos era precisa la real licencia.

*Esc.* Y que ¿el Rey podia dar licencia en perjuicio de la legítima de los hijos para fundar mayorazgos?

*Ab.* Sí; pero con la obligacion de dejarlos alimentos á los demas hijos.

*Esc.* ¿Pues no se dice que la legítima es de derecho natural?

*Ab.* Aunque la legítima sea de derecho natural, la tasa de ella es de derecho civil, como en España el que sea todo el caudal deducido el tercio y quinto, y asi, dejando á los hijos los alimentos que es legítima de derecho natural, puede el legislador disminuir la civil hasta esa cantidad, permitiendo vincular el resto de los bienes.

*Esc.* Y fundado el mayorazgo con licencia del Rey de todos los bienes, el que tenga hijos ¿estará obligado á elegir el mayor?

*Ab.* No: puede elegir y llamar el primero á quien quiera; pero en duda siempre se entiende llamado el mayor.

*Esc.* Ya sabemos qué es mayorazgo, cómo se puede fundar, por qué derecho, y de qué bienes: sepamos ahora quiénes pueden fundarlos.

*Ab.* Antes de los tres reales decretos todo el que podia hacer contrato y testar podia fundar vínculo respective en vida, ó en testamento de mas ó menos bienes, segun los herederos forzosos que hubiese; mas hoy ninguno puede vincular, añadir, ni agregar al mayorazgo antiguo cosa algu-

na (aunque pueda mejorar en tercio y quinto al hijo ó hijos que quiera), pues en la parte solo de poder prohibir la enagenacion *in perpetuum*, es en la que quedan derogadas estas leyes que permiten la libre vinculacion.

*Esc.* En el mayorazgo fundado, y en el que adelante se funde con licencia del Rey, ¿quiénes son preferidos en la sucesion?

*Ab.* En los mayorazgos regulares de España suceden los hijos con preferencia á las hijas, y el mayor al menor; y como dice esta ley los descendientes del mayor con prelacion á sus tios.

*Esc.* Y las hembras, hijas del hijo mayor, ¿son preferidas á sus tios varones?

*Ab.* Sí: en los mayorazgos regulares de España.

*Esc.* Pues esta ley dice que á no ser que otra cosa haya dispuesto el fundador del mayorazgo.

*Ab.* Fue tanta la condescendencia de la legislacion á las últimas voluntades, que no solo permitió la libre facultad de vincular á todos de los bienes de que podian testar, sí tambien les dejó facultad de hacer los llamamientos á su arbitrio; y asi la regla de la sucesion de los mayorazgos en la forma dicha fallaba siempre que otra cosa disponian los fundadores, por lo que se introdujeron varias sucesiones en los vínculos, llamándose estos irregulares siempre que la sucesion variaba por la fundacion de la regla con que se sucedia en la corona, que es la que hemos dicho de la preferencia de varon á hembra, y de mayor á menor.

*Esc.* ¿Pues de ese modo habrá muchas clases de mayorazgos irregulares por la variedad de caprichos y voluntades de los fundadores?

*Ab.* Sí que hay: unos se llaman de verdadera y absoluta agnacion.

*Esc.* ¿Y cuáles son esos?

*Ab.* Los de absoluta agnacion son aquellos en que suceden los varones con esclusion de las hembras, aunque sean de mejor línea y grado, prefiriéndose los varones de varones á los hijos de hembras, aunque estos sean de mejor grado y de hembra mayor.



*Esc.* Y si el fundador dijese: sucedan por línea masculina, ¿será mayorazgo de rigorosa agnacion?

*Ab.* Si no escluye á las hembras espresamente no es de rigorosa agnacion, y la hembra de varon se entiende llamada, segun el Rojas en la parte 1, cap. 6, cuando segun Molina lib. 1, cap. 6, v. 38, 39 y 40, en el mayorazgo de rigorosa agnacion toda hembra, por cuyo medio la sucesion pasaria á los cognados, se entiende escluida; y asi nunca sucede, aunque fuese hija del poseedor último del mayorazgo, habiendo varon de varon en el grado mas remoto colateral del último poseedor, y descendiente de los llamados en la fundacion.

*Esc.* ¿Qué otros mayorazgos hay irregulares?

*Ab.* Hay otros de agnacion limitada, y son aquellos en que el fundador la limita á ciertas personas y grados, v. gr. los descendientes de Juan varones de varones, de modo que concluida aquella línea (en la que son escluidas las hembras de mejor línea y grado), sigue la sucesion en la forma regular, y se llamará irregular y de agnacion cuanto dure la sucesion de Juan en varones de varones solamente. Cuando se concluye la descendencia de varones de varones, y viene á suceder hembra de varon, y se vuelve á suscitar la agnacion en los sucesores y descendientes de la hembra agnada, esto es, hija de varon de varon, se llaman de artificiosa agnacion.

*Esc.* ¿Qué mas mayorazgos hay irregulares?

*Ab.* Hay otros que se llaman de simple masculinidad, y son en los que los varones de cualquiera calidad son preferidos á las hembras aun de mejor línea y grado: tambien los hay que se llaman de cualidad, como v. gr. la de haber servido al Rey tantos años, ó ser caballero de tal orden, ser doctores en tal facultad &c. Hay otros que se llaman electivos, y son aquellos en que el fundador da facultad á que el último poseedor pueda elegir sucesor en los términos y con las cualidades que en la fundacion se señalen; por último, todo mayorazgo en que la sucesion no sea regular, y segun la antigua sucesion del reino, cual la señala la ley 2, tít. 15, Partida 2; porque el fundador como libre en

poner gravámenes, condiciones y llamamientos los haya hecho de diverso modo, sea la diversidad como fuese, del órden prescrito á la sucesion del reino en la citada ley de Partida, el mayorazgo será irregular.

*Esc.* ¿Con que tenemos que en la sucesion de los mayorazgos se ha de estar á la fundacion, y siempre que diversifique de la antigua sucesion del reino ya es mayorazgo irregular?

*Ab.* Asi es lo cierto: como que en caso de no estar terminante la fundacion, ó concluidos los llamamientos irregulares, la sucesion en duda se ha de estimar por la sucesion regular de preferencia de mayor á menor, y de varon á hembra.

*Esc.* Pues dejemos los mayorazgos irregulares, supuesto de que lo son todos los que no son regulares, y que en ellos la fundacion particular ha de dar regla, y vamos siguiendo con los mayorazgos regulares. Dígame vmd., y si nacen dos de un parto, ¿quién ha de suceder primero?

*Ab.* El mayorazgo es indivisible, y debe suceder uno solo por su órden; pero en el caso de que no se pueda averiguar quién es el primero que ha nacido, varían las opiniones: la mia es de que en el supuesto de que no pueda constar quién nació antes por el descuido que hubo al tiempo del nacimiento en acreditar el que primero salió á la luz del mundo, que el mayorazgo se debe disfrutar á medias, y entre los dos echando suertes sobre la administracion, y á quien le toque la suerte deberá administrarle con el diez por ciento por el trabajo y cuidado; y la renta que quede líquida dividirse entre los dos poseedores *in solidum* del mayorazgo.

*Esc.* Y si los dos viven, y se casan y tienen hijos, ¿quiénes han de suceder en el mayorazgo?

*Ab.* Soy de opinion, supuesto de que el mayorazgo es indivisible (aunque solo civiliter), y que se ignora quién sea el de mejor derecho entre los descendientes de los dos primogénitos gemelos por ignorar quién de los dos lo es; asi como ellos lo poseen *in solidum* dividiendo los frutos, y siendo administrador el á quien le cupo la suerte con el abono del diez por ciento por su trabajo y cuidado, continúen



en la misma forma los primogénitos de cada uno, que segun las leyes en los regulares, y segun las fundaciones en los irregulares deban de suceder, sucediendo en la mitad por parte indivisa en la forma que los padres.

*Esc.* Pues yo creo que autores ó autor grave dice, que aunque los dos gemelos disfruten *in solidum* el mayorazgo, hereda despues si tuviesen hijos el que primero naciese.

*Ab.* Sé que hay quien asi opina; mas á mí no me acomoda esa opinion: la razon por qué no me acomoda la de ese autor es la misma porque no convengo en que entre los dos gemelos se decida la duda de primogenitura por suerte, y es porque puede recaer á favor del que ha nacido el segundo, y quedarse sin mayorazgo el primero: por lo mismo y la imposibilidad de saberse la verdad, convienen en que *in solidum* por parte indivisa le disfruten, pues por la misma razon de que puede suceder el que la muger con quien case el uno, que en la realidad no es el primogénito, para primero, y á quien corresponde acaso, se quede sin el mayorazgo á que tiene derecho aunque dudoso, por el descuido de saber al tiempo del nacimiento quién de los dos ascendientes salió á la luz el primero, no debe ser preferido el hijo del uno de los dos gemelos al otro, sino disfrutarlo como sus padres.

*Esc.* ¿Y si el primogénito fuese demente, furioso ó insensato, es escluido de la sucesion al mayorazgo?

*Ab.* No, á no ser que por la fundacion se le escluya, pues para disfrutar bienes no es necesario juicio, y puede gozarle dándole curador, como para los demas bienes libres que herede; hablo de los mayorazgos que consisten en la sucesion de bienes vinculados, no si en jurisdiccion, como el reino, de que no es mi asunto tratar, y sí solo de los mayorazgos particulares.

*Esc.* ¿Y podrá un padre por las causas de ingratitud, que puede exheredar á un hijo, privarle de la sucesion del mayorazgo?

*Ab.* Distingo: ó el padre es el fundador del mayorazgo, en cuyo caso, aunque fuese irrevocable, podria por una de

las causas de ingratitud escluirle, ó no, en cuyo caso no puede, porque en el mayorazgo no se hereda al último poseedor, sino al fundador.

*Esc.* Dígame vmd.: ¿y el sucesor en el mayorazgo estará obligado á pagar las deudas del último poseedor no fundador?

*Ab.* Distingo: ó las deudas contraidas fueron convertidas en beneficio del mayorazgo, ó no: si se convirtieron en utilidad, porque no es justo que ninguno se lucre, y enriquezca con detrimento de otro, los frutos del mayorazgo, y no los particulares del sucesor, serán responsables en cuanto se convirtieron en su utilidad y recibieron mejora: no en mas, si las deudas contraidas por el último poseedor no fueron convertidas en utilidad, ni el sucesor, ni los bienes del mayorazgo son responsables á la satisfaccion.

*Esc.* Y dígame vmd.: los frutos pendientes á la muerte de un poseedor de vínculo ó mayorazgo ¿á quién corresponden, al sucesor en él ó á los herederos?

*Ab.* Si los frutos estan cogidos, ya se hicieron del todo del difunto poseedor, y pertenecen á sus herederos: si aun son pendientes al tiempo de la muerte, hay varias opiniones que no se fundan sino en leyes de los romanos; y asi dejándolas, soy de dictamen de que computado el año de frutos á frutos, se han de dividir entre el sucesor y los herederos á prorata del tiempo que cada uno de los poseedores del vínculo lo fuesen en el año, deduciendo antes del valor de los frutos el coste y costa de las labores que el difunto habia invertido en el cultivo de los bienes, y los que se inviertan en la recoleccion de los frutos.

*Esc.* ¿Con que si los bienes estuviesen dados en arrendamiento se dividirá la pension ó precio entre sucesor y herederos del difunto, segun el tiempo que cada uno de los poseedores haya poseido en el año?

*Ab.* No hay duda que debe hacerse asi, con que el año se haya de contar desde principio del arrendamiento; si fuese de San Juan á San Juan por ser frutos de yerbas, ó de agosto á agosto como en tierras, ó de primero de enero hasta otro tal dia del año siguiente; y asi en un mayorazgo



que haya unas posesiones arrendadas de abril á abril, otras de san Miguel á san Miguel, y otras de enero á enero, como sucede; en cada una percibirán los herederos del difunto la prorata del tiempo que vivió, con arreglo á cuando principia cada arrendamiento. Supon tú que muere por san Juan, en el caso propuesto, los herederos percibirán el arrendamiento de yerbas que concluyeron por abril, y la prorata de dos meses; en el de tierras, y demas que concluya por san Miguel, la de nueve, y en el de los que concluyan por fin de año, de seis meses.

*Esc.* En el supuesto de que los bienes amayorazgados por estar prohibida su enagenacion *in perpetuum* no pueden venderse, ni de otro modo enagenarse, quiero saber si se pueden dar en prendas.

*Ab.* Es cierto que la enagenacion es traslacion de dominio, y en el supuesto de que el dominio de la cosa dada en prenda ó hipoteca no pasa al que la recibe, parece que puede darse la cosa de mayorazgo; esto no obstante los que dicen que no puede darse se fundan en que como el fin de la prenda ó hipoteca es para asegurar la paga de aquello por que se constituye, no pudiéndose vender la cosa de mayorazgo, caso de que la deuda no se pague, es ineficaz la constitucion de prenda ó hipoteca en cosas de mayorazgo, por cuya razon dicen con fundamento de que las cosas que están prohibidas de enagenar no pueden darse en prenda ni hipoteca.

*Esc.* Y vmd. ¿de qué opinion es?

*Ab.* Yo soy de que no puede darse en prenda porque es del todo ineficaz, pero sí en posesion prendaria, para con los frutos hacerse pago el que recibe en prenda de la deuda por qué se constituye; pero esto en sustancia y en rigor no es estar en prenda los bienes del mayorazgo, sino la posesion y derecho de percibir sus frutos.

*Esc.* Supongo que se pueden arrendar los bienes vinculados; pero pregunto: ¿si antes de concluir los años porque se celebró el arriendo muriese el poseedor, el sucesor será obligado á continuar y cumplir con el contrato hecho

por su antecesor, de modo que no pueda espeler el colono ó inquilino?

*Ab.* No está obligado á estar y pasar por el contrato, aunque sea el sucesor del mayorazgo heredero universal y único de su antecesor: la razon es clara, porque las obligaciones no se estienden á mas que lo que fue la voluntad de los que contrataron; con que sabiendo los contratantes de que la cosa arrendada no podia arrendarse mas que por el tiempo de la vida del poseedor del mayorazgo, el señalamiento de años del arriendo respecto del colono ó inquilino pudo ser absoluto, y respecto del mayorazgo solo condicional de si viviese, con que muerto faltó la condicion; y asi como el colono no podia pedir contra los herederos del difunto el cumplimiento del contrato, por haber concluido por faltar la condicion con la muerte del arrendatario, asi tampoco puede contra el sucesor del vínculo, aun caso de que sea heredero universal: la dificultad está en si en la transaccion hecha sobre cosas de mayorazgo, ¿estarán los sucesores en él obligados á pasar por ella?

*Esc.* Pues á mí me falta saber qué es transaccion, porque yo solo entiendo que es una compostura ó convenio.

*Ab.* Sí que la transaccion es compostura ó convenio; pero no toda compostura ó convenio es transaccion.

*Esc.* ¿Pues en qué se conoce el convenio que es transaccion?

*Ab.* Para que el convenio sea transaccion ha de ser sobre disputa judicial, cuyo éxito sea incierto, y ha de ser no gratuita; esto es, que de parte á parte ha de mediar ó dinero, ó cesion de derechos; en sustancia no ha de ser donacion que el uno haga al otro, sino que lo que se remite del derecho dudoso ha de ser por premio é interes.

*Esc.* Pues bien, sepamos ahora si la transaccion vale sobre las cosas de mayorazgos.

*Ab.* La transaccion si en ella se ceden bienes del mayorazgo, de modo que se perjudique á los sucesores, como enagenacion que es no vale; pero al contrario, si al mayorazgo se le agregan bienes mediante la transaccion, ó si sin ceder-



los se le asegura por ella un derecho dudoso: es decir que la escepcion de transaccion aprovecha al sucesor en el mayorazgo, y no le perjudica.

*Esc.* ¿Y puede el príncipe conceder licencia para enagenar las cosas de mayorazgo?

*Ab.* Distingo de enagenacion: si la enagenacion es de una cosa del mayorazgo, para invertir su precio en utilidad del mismo vínculo puede sin controversia, como dar licencia para permutar; pero si la enagenacion es perjudicial al sucesor del mayorazgo, en este caso es la controversia por causa del derecho adquirido á tercero. No puedo menos de recordarte la doctrina que dijimos en la ley primera acerca de las leyes que quitan derecho adquirido á tercero, y los privilegios: las leyes siendo justas pueden quitar, ó valen aunque perjudiquen al derecho de tercero; pero los privilegios, ademas de la causa justa que necesita intervenir para que á uno se le pueda privar de su derecho, hay que resarcirle en el *quantum interest.*

*Esc.* Ya me acuerdo de esa doctrina que se dijo en la ley primera; pues en el supuesto de esta doctrina, que es la mas arreglada á toda buena razon, tengo la duda de ¿si el príncipe en perjuicio del sucesor podrá conceder licencia para enagenar las cosas de mayorazgo por tan justa causa como es la dote de las hijas del poseedor?

*Ab.* No tiene duda de que puede por ley general mandar el que los padres puedan dar decentes dotes á sus hijas de los bienes de los mayorazgos, porque teniendo las vinculaciones toda su validacion de las leyes, estas con justa causa pueden disponer, y ordenar justos gravámenes á los bienes vinculados, cual es la dote de las hijas; y aunque con el tiempo viniesen á faltar del todo las vinculaciones, cuya subsistencia habia consistido en la ley, y no en la voluntad del fundador, y no solo que pudiesen dar licencia, sino obligarles á dar en defecto de bienes libres dotes á sus hijas de los bienes vinculados.

*Esc.* Pero la duda nos queda en si podrá dar licencia particular á un mayorazgo para dotar de los bienes vincu-

lados sus hijas, sin que haya ley general y en perjuicio, y sin consentimiento del sucesor.

*Ab.* Si el mayorazgo es fundado por el mismo poseedor, con licencia y de todos los bienes, no tengo duda de que pendiendo de la licencia la vinculacion, y en perjuicio de algun modo de las hijas, puede el príncipe darla tambien para que se saque de la vinculacion lo que de legítima tocase á la hija; pero en el caso de que el vínculo no sea fundado por el poseedor distinguiria, ó el sucesor habia nacido al tiempo de la licencia para enagenar, ó no; si no habia nacido, la enagenacion seria válida, y los bienes dados en dote pasarian á los hijos y herederos de la dotada, porque estando fuera de la vinculacion cuando el sucesor nació, no se dió tiempo en que tuviese derecho á ellos: si ya habia nacido, ó si el vínculo recayese en sucesor que al tiempo de la dote estuviese nacido, opino de que la enagenacion para la constitucion de dote aun con licencia del príncipe, como hecha en perjuicio de derecho adquirido á tercero, no deberia de subsistir mas que temporalmente, y cuanto durase el matrimonio; esto es, que por equivalente de los alimentos deberia carecer el sucesor de los frutos cuanto viviese la hermana dotada con bienes del vínculo; pero no carecer el sucesor perpetuamente de ellos, como si fuese válida la enagenacion, porque el sucesor en el vínculo no tiene obligacion de dotar á las hijas ni hermanas de aquellos bienes, ni puede en perjuicio de tercero, y sí solo de sus frutos mantenerlas, no teniendo ellas de qué.

*Esc.* Bien me parece lo que vmd. dice, y me parece que lo entiendo.

*Ab.* Hemos dicho que los bienes de vínculo no se pueden enagenar, la dificultad está en si se podrán prescribir; y digo, que siendo la prescripcion como es transaccion del dominio, por la continuacion de la posesion, por el tiempo que señala la ley, y introducida en pena de la morosidad de los poseedores, para que los dominios de las cosas no estuviesen en incierto, de ningun modo se pueden prescribir las cosas de vínculo, pues la morosidad del poseedor no debe perjudicar á los sucesores, ademas que para la prescripcion es requisito que la cosa sea de tal condicion que pueda prescribirse: las cosas que no pueden adquirirse, aun por el justo título de compra por no ser enagenables, mal se podrán prescribir, esto se entiende de la prescripcion *longi vel longissimi temporis*, pero no la de inmemorial; pues esta como hace dudar de si la cosa fue legítimamente vinculada, pues pudo incluirse en la fundacion sin ser del fundador, siempre debe ser preferida al título de fundacion, segun la comun opinion, de que no me separo.



*Esc.* Dígame vmd., y el primogénito sucesor del mayorazgo ¿tiene obligacion á dar alimentos á los demas hermanos?

*Ab.* Si los demas hermanos quedan pobres y menores de edad que no puedan ganarlo, sin padre ni madre, ni abuelos ricos que tengan obligacion á darles alimentos, en este caso es comun opinion de que son obligados los sucesores en el mayorazgo á alimentar á sus hermanos, no en otro caso, aunque hay quien diga que es primero obligado el mayorazgo que la madre y los abuelos; pero esta opinion no me acomoda, pues el hermano mayorazgo nada ha recibido de su padre y sí del fundador; y asi la obligacion de alimentar al hermano necesitado, y menor que no lo puede ganar, es *tamquam frater*, cuya obligacion es posterior á la de la madre y los abuelos.

*Esc.* ¿Y tiene obligacion á prestar alimentos el mayorazgo al inmediato sucesor, aunque sea mayor de edad?

*Ab.* Está recibido en práctica de que si el mayorazgo es pingüe se le señale por el juez, sino se convienen, alimentos al inmediato sucesor, segun las circunstancias del mayorazgo del poseedor, y mas ó menos necesidad del inmediato sucesor, y asi no hay regla fija en el cuánto se ha de señalar de alimentos.

*Esc.* Dígame vmd. ¿el poseedor de un mayorazgo es verdadero señor, y tiene el dominio, ó solo el usufructo?

*Ab.* Tiene el dominio con la traba de no poder enagenar las cosas del mayorazgo, y obligacion de dejarlas para el sucesor: ya sabes que el dominio es el derecho de dis-

poner libremente de la cosa, á no ser que por fuerza ó ley se le prohiba: al mayorazgo se le prohibe por derecho el disponer libremente de los bienes de él, y no obstante es señor, y asi le competen las acciones que á los verdaderos señores.

*Esc.* Dígame vmd. ¿el monge y religioso pueden suceder en mayorazgos?

*Ab.* En el supuesto de que la fundacion no los escluya, ni diga cosa alguna sobre haber de suceder los monges y religiosos (á escepcion de los de nuestro Padre san Francisco, que ni en comun ni en particular pueden poseer bienes), ha sido comun opinion de que por el tiempo de la vida del monge le debe disfrutar el monasterio; ¿pero hoy despues de la real pragmática de 6 de julio de 1792 puede haber duda?

*Esc.* Pues escluyendo la pragmática á los religiosos y sus conventos, ¿qué duda puede haber en que no deben suceder?

*Ab.* ¿Pues en los mayorazgos se sucede *abintestato*?

*Esc.* Yo no lo sé.

*Ab.* En los mayorazgos se sucede no *abintestato*, sino *ex testamento* del fundador, que por facultad que las leyes le dieron pudo llamarles en su caso, y como de llamado profeso pasan todos los derechos al monasterio, con todos los que le correspondian, y esos en los mayorazgos ser solo por el tiempo de su vida, por ella deben de pasar al monasterio, en mi juicio, aun hoy despues de la pragmática; pues esta solo habla de las sucesiones *abintestato*, de las que no es la de mayorazgos: si el Rey hubiese querido comprender la de mayorazgos, lo hubiera dicho espresamente, como es forzoso para constituirse un nuevo derecho, ó dar á uno nuevamente derecho que no tenia; ademas que hay gran diferencia entre la adquisicion perpetua de las manos muertas á la temporal, y solo del usufructo, como sucede al monasterio en el mayorazgo que recae en el monge: se supone para la sucesion del monasterio al mayorazgo por la vida del monge, cuando en la fundacion no sean escluidos los regulares, como sucede en varias fundaciones de ellos.



*Esc.* En sustancia lo que nos dice esta ley es de que si otra cosa no dice el fundador los hijos ó descendientes del hijo mayor, aun cuando su padre muera en vida del abuelo, son preferidos á sus hijos.

*Ab.* Eso es espresamente lo que viene á decir, entendiendo del mayorazgo regular; pues la ley ha querido se suceda por representacion, y esta que sea *in infinitum*, no como en las sucesiones de bienes libres, que los colaterales no se da fuera de los hijos de los hermanos.

*Esc.* Con que si un mayorazgo muere sin hijos, y tuviese hermanos y descendientes del hermano mayor *usque in infinitum*, ¿son preferidos á los hermanos menores del último poseedor?

*Ab.* Asi es lo cierto, porque vienen representando la persona de su padre mayor.

*Esc.* Vaya la última pregunta, y pasaremos á otra ley: cuando en las vinculaciones se disputa de la mayor proximidad de parentesco, ¿ha de ser al fundador, ó al último poseedor?

*Ab.* Siempre que el parentesco sea por la línea llamada al vínculo ó mayorazgo, la proximidad mayor del parentesco ha de ser al último poseedor, no al fundador.

*Esc.* No entiendo eso de que siempre que el parentesco sea por la línea llamada.

*Ab.* Puede uno ser el pariente mas cercano del último poseedor, y no tener derecho alguno al mayorazgo por no ser de la línea llamada.

*Esc.* Veamos un caso, que no lo entiendo.

*Ab.* Supon tú que tienes un mayorazgo por la línea de tu madre ya difunta, y eres hermano solo, que tu padre se vuelve á casar y tiene hijos; si tú no los tienes, estos medios hermanos son los parientes mas próximos que tienes, y *abintestato* te sucederán en los bienes libres; pero ningun derecho tienen á la sucesion del mayorazgo, porque estos tus medios hermanos, aunque los mas próximos parientes tuyos, no son de la línea llamada á la sucesion de él.

*Esc.* Lo entiendo, vamos á otra ley.

## LEY XLI.

*Mandamos que el mayorazgo se pueda probar por la escritura de la institucion de él, con la escritura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escrituras que hagan fe, ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere, del tenor de las dichas escrituras; y asimismo por costumbre inmemorial, probada con las cualidades que concluyan los pasados haber tenido, y poseido aquellos bienes por mayorazgo, es á saber: que los hijos mayores legítimos y sus descendientes sucedian en los dichos bienes por via de mayorazgo, caso que el tenedor de él dejase otro hijo ó hijos legítimos, sin darles los que sucedian en el dicho mayorazgo alguna cosa ó equivalencia por suceder en él; y que los testigos sean de buena fama, y digan que asi lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, y asi lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, que ellos siempre asi lo vieron y oyeron, y que nunca vieron, ni oyeron decir lo contrario, y que de ello es pública voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Ya sabes que la ley dice con claridad el modo ó modos cómo se pueden probar los mayorazgos, primero por las escrituras originales de la institucion con la de la licencia: segundo, no habiendo tales escrituras por testigos fidedignos que depongan de su tenor: tercero, en defecto de uno y otros, por testigos que depongan de tiempo inmemorial que los anteriores siempre poseyeron aquellos bienes por via de mayorazgo, prefiriendo el mayor á los demas.

*Esc.* ¿Y cuándo no ha intervenido licencia del Rey?

*Ab.* La ley habla de mayorazgos con licencia; pero si fuesen vinculaciones sin licencia del Rey, qué duda tiene que se podrán probar en la misma forma, sin que conste de la licencia, cuando no fue necesaria, para la validacion de la vinculacion: ya diremos cuándo es necesaria, y qué efectos produce, ó en qué se diferencia el vínculo fundado con licencia real del fundado sin ella.



*Esc.* ¿Y qué cualidades han de tener los testigos, y qué circunstancias la deposicion de ellos para que sean bastantes las pruebas del mayorazgo?

*Ab.* Se supone que testigos han de ser de buena opinion y fama, deben deponer de que ellos por sí lo han visto por espacio de cuarenta años, y ademas de que así lo oyeron á sus mayores y ancianos, que es pública voz y fama, y que nunca vieron ni oyeron lo contrario; y sin estas circunstancias las deposiciones, aunque de hombres fidedignos, no son bastante para la prueba del mayorazgo.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo la escritura no se requiere por forma para la fundacion de mayorazgos?

*Ab.* La escritura solo sirve para la mas fácil prueba.

*Esc.* ¿Y bastará la posesion de diez años para que el mayor ó primogénito pueda prescribir los bienes en el concepto de amayorazgados?

*Ab.* No sirve tiempo alguno sino el inmemorial: así como los bienes vinculados y prohibidos enagenar no se pueden prescribir menos que por la inmemorial, así el mayorazgo no puede prescribir á favor de la vinculacion sino por la inmemorial.

*Esc.* Con que si uno que fuese poseedor de un mayorazgo, en el concepto de tal estuviese poseyendo una heredad por el tiempo que la ley previene en las ordinarias prescripciones, ¿no se prescribiria?

*Ab.* De modo que si un poseedor de mayorazgo poseyese con buena fe, justo título, y continua posesion el tiempo ordinario una heredad que fuese prescribible, se haria señor de ella, pero no la adquiriria el mayorazgo, ni quedaria vinculada; y aunque él poseyese creyendo ser del mayorazgo, él se haria dueño por la prescripcion; de modo que si el primogénito no probaba ser del mayorazgo en la forma que esta ley dice, se dividiria como bienes libres entre los herederos, y no pasaria al primogénito.

*Esc.* Vamos con otra ley.

## LEY XLII.

*Ordenamos y mandamos que la licencia del Rey para hacer mayorazgo preceda al hacer del mayorazgo; de manera, que aunque el Rey dé licencia para hacer mayorazgo, por virtud de tal licencia no se confirme el mayorazgo que antes estuviere fecho, salvo si en la tal licencia espresamente se dijese que aprobaba el mayorazgo que estaba fecho.*

### *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley se reduce á decir que la licencia del Rey para fundar mayorazgo debe preceder á la fundacion de él, y no seguirse; de modo que no se confirma por ella el mayorazgo antes hecho, porque aquellas cosas que se requieren por forma en un acto, como la licencia real, deben preceder, á no ser que la licencia apruebe el acto ya hecho espresamente, que entonces tambien vale.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo no se pueden hacer vínculos y mayorazgos sin real licencia?

*Ab.* Sí se pueden hacer de todos los bienes de que uno puede libremente disponer; pero el que tiene hijos no puede hacer vínculo de todos sus bienes sin licencia del Rey; y de estos vínculos y mayorazgos, que necesitan licencia, son los de que la ley dice, y que debe preceder para que valgan.

*Esc.* Ya me acuerdo que se dijo que el Rey podia dar licencia al padre aun teniendo hijos para fundar mayorazgos de todos los bienes, dejando á cada uno de los hijos los alimentos ó legítima de derecho natural: y pregunto, ¿si tuviese la fundacion la misma fecha que la real licencia?

*Ab.* Los autores dicen, que cuando se requiere una cosa de necesidad que preceda, y no consta la anterioridad ni posterioridad de ella, se presume que precedió, y por lo mismo dicen que en el caso se presume preceder la licencia; pero yo diria que no estando el fundador en el mismo pueblo en donde estuviese el Rey, no solo no es presuncion, sino evidencia que se fundó sin saber de la licencia del Rey, si



fundacion y licencia tienen una misma fecha; y así que no hay tal presuncion de que se fundase despues de la licencia: y vamos á otra ley.

## LEY XLIII.

*Las licencias que Nos habemos dado ó diéremos de aqui adelante, ó los Reyes que despues de nos vieren, para hacer mayorazgo, no espiren por muerte del Rey que las dió, aunque aquellos á quien se dieren no hayan usado de ellas en vida del Rey que las concedió.*

### *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley se reduce solo á decir que la licencia del Rey no espira por la muerte del que la dió, y puede aun despues de muerto el Rey fundarse el mayorazgo para que se dió licencia.

*Esc.* En el supuesto de que se puede vincular sin licencia del Rey, ¿qué efectos distintos y diferentes hay de vincular con licencia real ó sin ella?

*Ab.* Lo primero que con licencia del Rey se puede vincular en perjuicio de los hijos y de los padres, dejándoles los alimentos: en segundo, que en el vínculo y gravámen no está el padre obligado á observar el orden y modo propuesto en la ley 27 de Toro que dijimos, cuando se hacen mejoras de tercio y quinto: lo tercero, que con licencia se pueden fundar mayorazgos aunque haya solo un hijo, y sin licencia no, ni aun se puede vincular el tercio; pues segun la ley 27 el vínculo y mejora en el tercio es cuando hay mas que un hijo y nieto: á estas tres se reducen las sustanciales diferencias y efectos diversos de tener á no tener licencia real para vincular.

*Esc.* No tengo mas que preguntar: vamos á otra ley.

## LEY XLIV.

*El que hiciere algun mayorazgo, aunque sea con autoridad nuestra ó de los Reyes que nos vinieren, ora por via de contrato, ora en cualquier última voluntad, despues de hecho puédalo revocar á su voluntad, salvo si el que lo hiciere por contrato entre vivos oviere entregado la posesion de las cosas ó cosa contenidas en el dicho mayorazgo á la persona en quien lo hiciere ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado la escritura del ante escribano, ó si el dicho contrato de mayorazgo se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero, así por via de casamiento ó por otra cosa semejante; que en estos casos mandamos que no se pueda revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió estuviese cláusula para que despues de hecho lo pudiese revocar, ó que á tiempo que la hizo el que lo instituyó reservase en la misma escritura que hizo del dicho mayorazgo el poder para lo revocar; que en estos casos mandamos que despues de hecho lo pueda revocar.*

### *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley supone que el mayorazgo se puede fundar por contrato entre vivos, ó por testamento, y trata cuándo se puede el mayorazgo hecho revocar; y dice por punto general, que aunque sea con licencia real fundado, se puede revocar siempre que el fundador quiera, sino en los casos que pone la ley por escepcion, que son los mismos en los que dijimos en la ley 27 que las mejoras no se podian revocar.

*Esc.* Pero en los casos que la ley dice que son irrevocables los mayorazgos, tambien escepciona, á no ser que el fundador al tiempo de la institucion se reservare el poder de revocarle, ó en la licencia del Rey hubiese cláusula para que despues de hecho le pueda revocar.

*Ab.* Es espreso de la ley: aquí deberás tener presente todo lo dicho en la ley 17 de Toro, de cuando las mejoras son irrevocables, pues en los mismos casos que puede revocarse la mejora hecha por el padre, se puede revocar el mayorazgo; y en los en que no se pueden revocar las mejoras que espresan unas y otras leyes, tampoco pueden revocarse los mayorazgos: tambien se debe tener presente lo dicho en la 27 sobre cuando los padres pueden poner gravámen de vínculos y restituciones en la mejora de tercio de sus bienes, y el orden que deben observar en los tales vínculos, el que como ya hemos dicho no son obligados á guardar cuando precede licencia del Rey para hacer los mayorazgos.



*Esc.* Ya entiendo cuando el mayorazgo es irrevocable, supuesto de que sé cuando lo son las mejoras de tercio, y aun el orden que el padre debe observar en los llamamientos de los vínculos sobre las mejoras de tercio si no precede licencia del Rey; ¿pero tendré bastante para la inteligencia de esta ley con lo que en las dos 17 y 27 llevamos dicho?

*Ab.* Me parece que sí, con lo que de la materia va dicho tambien en la ley 40, y lo que diremos en las siguientes que tratan de la misma materia de mayorazgos.

## LEY XLV.

*Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villas ó fortalezas, ó de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion se traspase la posesion civil y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo debiere suceder en él, aunque haya otro tomado la posesion de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, ó ya muerto, ó el dicho tenedor le haya dado posesion de ellas.*

### *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley se reduce á decir que al sucesor del mayorazgo, muerto el tenedor, pase la posesion civil y natural de las cosas de él, sin acto alguno de aprehension, aunque otro de cualquiera modo haya tomado la posesion de ellas.

*Esc.* Ni yo entiendo lo que es posesion natural, ni qué civil, y así nada entiendo de la ley.

*Ab.* En esta ley se supone que hay posesion civil y posesion natural, que pasa al sucesor sin acto de aprehension, y que ademas hay otra posesion que puede haber tomado otro tercero: para la mejor inteligencia, y que entiendas la diferencia de ella al dominio, diremos primero qué es dominio.

*Esc.* Bien: ¿pues qué es dominio?

*Ab.* *Dominium est jus libere disponendi de re tamquam sua nisi vi, aut jure prohibeatur:* el dominio es el derecho de disponer libremente de una cosa, á no ser que la fuerza ó la ley lo prohiban. Eres señor de una cosa, te impido yo el uso por fuerza porque te la quito, no dejas por eso de ser señor: á un menor le prohibe la ley vender y enagenar sus cosas, no por eso deja de ser señor de ellas.

*Esc.* Entiendo lo que vmd. me acaba de decir.

*Ab.* Cuidado que el dominio es derecho *coherente* á la persona que le tiene en la cosa que produce varios efectos dirigidos á la misma cosa, y no un derecho *coherente* ó cualidad de la cosa, no me quiero detener en hacer la diferencia de dominios, ni tampoco decirte los varios modos de adquirirse el dominio, sí solo la definicion, para que entiendas la diferencia de él á la posesion, que es la materia de nuestra ley.

*Esc.* ¿Y qué es posesion?

*Ab.* *Possessio est jus insistendi rei non prohibitæ possideri*, esto es, un derecho de estar en una cosa que no esté prohibida poseerse; de la definicion sacamos qué es *jus*, esto es, un derecho *coherente* á la persona que posee, y se distingue de la misma cosa poseida: se distingue tambien de la nuda detencion ú ocupacion que no da derecho, y del acto material verdadero ó fingido con que se aprehende la posesion, porque como decimos la posesion *est jus*, y el acto material de la aprehension es por el que es causado el derecho de instituir en la cosa que se llama posesion, y produce varios efectos civiles: uno de ellos es el de insistir en la cosa, tenerla y retenerla sin que sea inquietado en la posesion, dándosele remedios civiles contra quienes le inquieten ó le echen de ella; pero para que uno tenga esta posesion ó derecho de insistir, y tenga los efectos civiles, y se le den los remedios y acciones contra quienes le impidan ó inquieten en ella, ha de ser *rei non prohibitæ possideri*; esto es, cosas de las que no están prohibidas poseerse, como lo están las sagradas y religiosas &c. Bien entendido, que aunque la cosa esté prohibida de enagenarse, siempre que no lo esté el poseerse civilmente, puede muy bien adquirirse la posesion, aunque no se pueda adquirir el dominio.



*Esc.* ¿Y en qué consiste que de una cosa que no puede enagenarse, y por consiguiente sea inválida la venta de ella, ha de poder pasar la posesion ó el *jus insistendi in re*?

*Ab.* La razon es porque la posesion no es causada del contrato como causa próxima ó inmediata, sino del hecho de la tradicion y entrega ó acto de aprehension natural; y así interviniendo entrega, aunque el contrato sea inválido, y la cosa sea prohibida enagenarse, pasará muy bien la posesion ó derecho civil de insistir en la cosa que no sea prohibida poseerse; por lo que si una cosa de las prohibidas de enagenar se enagenase, aunque nunca pasará el dominio al que la recibe por ser nulo el contrato, pasará la posesion.

*Esc.* ¿Y qué aprovecha el que pase la posesion si no pasa el dominio?

*Ab.* No pasa el dominio, unas veces por ser inútil el contrato, ó por defecto del que contrata, ó por otras causas, aunque la cosa no sea prohibida de enagenarse, y otras porque la cosa es inagenable; en uno y en otro caso tiene algunos efectos de utilidad la posesion ó *jus insistendi*, que pasó por la entrega aunque no haya pasado el dominio: en todos tiene el derecho á insistir, y que nadie por propia autoridad le perturbe é inquiete; pero cuando de la cosa no está prohibida su enagenacion, y se ha dejado de pasar el dominio por ser el contrato por alguna causa inválido, ademas de los efectos dichos de la posesion, tiene tambien el ser causa y principio de adquirir en lo sucesivo, por la continuacion de la posesion de buena fe, el dominio que no pudo adquirir en virtud del contrato inválido.

*Esc.* Ya veo que tiene utilidades la posesion ó *jus insistendi*, aunque sea sin dominio; con que en sustancia la diferencia del dominio á la posesion ¿en qué está?

*Ab.* En que el dominio es el derecho pleno de disponer de la cosa, y puede retenerle aunque otro tenga la posesion, con accion para conseguirla de cualquiera poseedor, y contra cualquiera poseedor en quien se halle: la posesion no es derecho de disponer, sino solo de insistir con los efectos que hemos dicho, hasta que el dueño (en la forma que las leyes prescriben, esto es, pidiendo ante juez competente la cosa) le eche de ella.

*Esc.* Ya entiendo qué es dominio, y la diferencia de él á la posesion, no obstante que tanto el dominio como la posesion sean *jus*: dígame vmd. la etimología de la posesion.

*Ab.* *Possessio dicitur quasi pedum possitio*: esto es, porque se entra en la cosa al tomar posesion, lo primero con el pie, y por estar sobre ella el pie mas inmediato, y tocándola, que no hacen las demas partes del cuerpo; y aunque en las cosas muebles no es el pie sino la mano la parte que inmediatamente toca á las cosas poseidas, como las inmuebles, son de mas estimacion en lo regular, se ha tomado la etimología de la parte del cuerpo que toca inmediata á estas que es el pie, y no de la mano que toca á las muebles en el acto natural de la posesion.

*Esc.* Supongo de lo que dice la ley, que posesion la hay civil y natural, quiero que me esplique vmd. cada una de estas posesiones.

*Ab.* Así es cierto: como que tambien hay posesion material ó de solo hecho, que se llama detentacion.

*Esc.* Todo lo deseo saber, y la diferencia de la posesion civil á la natural, y de estas á la material ó detentacion.

*Ab.* Ya sabes qué es posesion; pues la posesion adquirida se puede retener solo con el ánimo, aun estando la cosa en poder de otro: y cuando la cosa de que uno tiene la posesion está en poder de otro, la posesion que se retiene es forzoso sea la civil, esto es, el *jus* que las leyes le retienen; pero no la posesion ú ocupacion natural y material, que esta la tiene aquel en cuyo poder está la cosa: esta ocupacion por diversas personas que las que tienen la posesion civil puede uno tenerla justamente y en su nombre, ó puede tenerla en nombre del dueño que tiene la posesion civil: cuando la tiene en nombre del dueño ó poseedor, se dice retiene este la posesion no solo civil, sino natural, porque el que tiene la cosa, como es en nombre ageno, ninguna posesion tiene; pero cuando posee en su nombre sin ánimo de que el otro deje de tener la posesion civil, tenemos la posesion dividida entre dos: el uno retiene el *jus insistendi* con todos los efectos civiles de la posesion, pero sin la ocupacion natural de la cosa que tiene el otro en su propio nombre, y el que la ocupa tiene la natural posesion; y como la tiene en su nombre, y esta tambien tenga ciertos efectos civiles, aunque no todos los que la civil, resulta el que hay dos posesiones distintas y diversas, la una civil, que es el derecho de insistir y retener los efectos civiles y sus utilidades de la posesion de las cosas no prohibidas poseer: y la otra natural, que es el derecho de insistir en la ocupacion natural de la cosa no prohibida poseerse, y de percibir las utilidades que conceden las leyes á la natural ocupacion del que no es señor ni tiene la posesion civil.



*Esc.* ¿Con qué tanto la posesion civil como la natural son *jus*?

*Ab.* Sí que una y otra son *jus* y ambos civiles; pero como el uno no tiene ocupacion ó detencion natural de la cosa en su poder, ni en el de otro en su nombre, este *jus* se llama posesion civil. El otro como aunque tenga *jus* y sea civil, tenga solo la natural ocupacion de la cosa, su posesion para distinguirse de la civil mera se llama natural.

*Esc.* Vamos con un ejemplito para que yo lo entienda.

*Ab.* Supongamos que tú tienes el usufructo de una heredad, y yo la propiedad: la heredad está en tu poder y ocupacion natural para disfrutarla como usufructuario; yo tengo el dominio y la posesion civil; tu posesion tiene ciertos efectos civiles, pero se llama natural por estar en la

ocupacion natural de ella; yo que no estoy en la natural ocupacion, y tengo los efectos, aunque unos diversos, y otros parecidos civiles de posesion, se dice que tengo la posesion civil.

*Esc.* ¿Y cuáles son los efectos civiles de cada posesion?

*Ab.* Los de la natural son el que no se le impida ni estorbe el goce de las utilidades que el derecho concede al que tiene la posesion natural, y asi se le conceden los remedios y acciones posesorias (que se llaman interdictos) contra quien le inquiete, ó le haya echado de la natural ocupacion: los de la civil no solo son de insistir en la posesion, concediéndole los remedios y acciones posesorias contra los inquietadores de ella, sí que tambien tiene el poder, aunque no fuese señor, por la continua y larga posesion civil de los años que el derecho señala hacerse dueño: lo que no puede el que solo tiene la posesion natural, por ser efecto de la posesion civil la prescripcion del dominio.

*Esc.* Un ejemplo para que yo lo entienda.

*Ab.* En él mismo: supongamos que el usufructo que tú tienes en la cosa es porque te le legó mi padre en su testamento, y yo tenia la posesion de buena fe, y no el dominio verdadero, porque mi padre no era señor, sí solo que en buena fe la habia comprado á uno que no lo era: tú que poseias con la posesion solo natural no podias prescribir la cosa, pero tenias los interdictos posesorios contra quienes te turbasen ó inquietasen en ella: yo no solo tenia interdictos por poseedor, aunque no era dueño, sí que tambien continuando esta civil posesion de buena fe por los años que las leyes prescriben para la adquisicion de los dominios, llegaria á ser señor, y adquirir legítimamente el dominio de la cosa que tú no podias por faltarte la posesion civil.

*Esc.* ¿Con qué cuando uno mismo tiene las dos posesiones supongo que le competerán, y tendrá todos los efectos civiles de las dos?

*Ab.* Asi es, y tiene dichos efectos civiles, aunque la posesion se llame natural, porque lo de que se habla



y lo que la ley de Toro que vamos esplicando dice, pasa al sucesor del mayorazgo, son los efectos, y estos son civiles.

*Esc.* Ya lo voy entendiendo: sepamos ahora ¿qué es posesion material ó detentacion.

*Ab.* *Detentatio nihil aliud est quam nuda sola, et simplex insistentia rei, quæ consistit in facto ex qua nulla possessio, aut effectus civiles possessionis resultant. Quod accidit aut propter qualitatem personæ, vel rei, vel ex ipsa natura actus.* Esto es, que detentacion no viene á ser otra cosa que la sola y simple insistencia en la cosa, la cual insistencia consiste en solo el hecho, sin que de ella resulte ni posesion ni efecto civil alguno, lo que sucede supuesta la insistencia en la cosa y su material ocupacion, ó por la cualidad de la persona que insiste en ella, ó de la cosa en que hay la insistencia, ó por la naturaleza del acto con que se alcanzó.

*Esc.* Con qué de ese modo la posesion material sin efecto alguno civil es lo que se llama detentacion?

*Ab.* Asi es; pero la dificultad consiste en saber cuándo el que está en la posesion material de una cosa carece de todo efecto civil de posesion, de modo que no se pueda llamar posesion natural, y sí detentacion.

*Esc.* Eso es lo que necesito saber, porque si veo que uno tiene en su poder una cosa, cómo he de entender si tiene la posesion natural, esto es, los efectos civiles de la posesion natural, ó si está solo con la simple detentacion.

*Ab.* Ya has oido que será sola detentacion cuando no pasan los efectos civiles, y que esto sucede unas veces por defecto de la persona, esto es, cuando la persona es incapaz de adquirir posesion: sea la cosa como fuese en la que insista, siempre la insistencia ú ocupacion será nuda detentacion, como si el que posee fuese siervo &c., porque no pudiendo estos por sí y en su nombre poseer con efectos civiles, la posesion en que de hecho esten será nuda detentacion.

*Esc.* Ya entiendo que cuando el sugeto en quien la cosa esté sea incapaz de poseer solo detenta ó posee materialmente.

*Ab.* Tambien dijimos que otras veces consiste en la misma cosa, esto es, que aunque el sugeto sea capaz de adquirir posesion civil y natural, es la cosa de naturaleza que no puede por él ser adquirida su posesion, como sucede con las cosas que estan fuera del comercio de los hombres, como son las cosas santas, sagradas y religiosas respecto de todos los hombres, y otras que segun las leyes consta estar en cierta persona las dos posesiones civil y natural, como sucede hoy en las cosas de mayorazgo despues de muerto el último poseedor; pues constando por esta ley que al primogénito ó sucesor pasan *ipso jure* las dos posesiones, resulta tener cualquiera otro, en cuyo poder estan las cosas del mayorazgo, solo la insistencia material ó nuda detentacion.

*Esc.* ¿Con qué si el mayorazgo no fuese fundado con licencia del Rey no pasa la posesion civil y natural en virtud de esta ley?

*Ab.* Hay autores que asi lo dicen, fundándose en que en la acepcion comun de mayorazgos se llaman los fundados con facultad real, y no las demas vinculaciones; pero es el fundamento bien de poca solidez: lo uno porque no es cierta la acepcion del nombre de mayorazgo en que comunmente se llamen asi los fundados con licencia, pues lo regular es ninguno pedir licencia cuando funda de los bienes que puede, aunque sean en cantidad considerable, y en lo comun mayorazgo se llama todo vínculo crecido, y vínculo el corto aunque haya precedido licencia para su fundacion; ademas la ley 40 supone mayorazgo aun sin licencia, y esta 45 solo dice mayorazgo sin cualidad de licencia real.

*Esc.* Con que de ese modo cualquiera poseedor de mayorazgos tiene las dos posesiones de todos los bienes de él, esten en poder de quien esten.

*Ab.* No sale la consecuencia tan legítima como te parece, la que sale es esta: luego cualquiera que sucede en un mayorazgo tiene las dos posesiones de los bienes de él sin acto de posesion, y aquellos en cuyo poder esten sola nuda detentacion.



*Esc.* ¿Pues qué mas da una consecuencia qué otra?

*Ab.* Da mas, porque al sucesor es á quien pasan *ipso jure* por esta ley las dos posesiones, de que resulta ser los ocupadores de los bienes solo detentadores; pero la ley no dice que el poseedor del mayorazgo á quien pasan *ipso jure* las dos posesiones no pueda perder alguna de ellas voluntariamente.

*Esc.* Ah! Ya lo entiendo, y cuasi la ley 45 que vamos esplicando: solo se me ofrece esta dificultad, y es de ¿cómo puede hacer la ley el que sin acto alguno de aprehension pase la posesion natural?

*Ab.* Ya sabes qué es lo que llamamos posesion natural, y que solo se dice natural en contraposicion á la mera civil, pero que sus efectos son civiles: la ley cuando habla de pasar *ipso jure* la posesion natural habla de sus efctos, dejando sin ellos, y en la mera detentacion al que antes la tuviese en vida del anterior poseedor, ó el que despues se introdujese á la ocupacion de las cosas, que es lo que la ley puede hacer; pero no el que pase la natural y material ocupacion, y asi al anterior poseedor de las cosas de mayorazgo (muerto el poseedor de él), que tenia la natural posesion, dejándole sin los efectos de ella, aunque quede con la cosa en su poder, queda un mero detentador, y al sucesor sin pasar á él la material pasan los efectos de la natural, y como los tiene sin tener la posesion natural rigurosa y materialmente tal, que pudo la ley como efectos civiles hacer que pasen *ipso jure*, se dice, y dice la ley tiene y pasa á él la posesion natural, dándole á los efectos el nombre de la causa.

*Esc.* Pero en el supuesto de que *ipso jure* pasan las dos posesiones civil y natural al sucesor, ¿cómo llama la ley poseedor al que tenga en su poder las cosas, pues dice, aunque otro haya tomado la posesion de ellas?

*Ab.* Dice y dice muy bien: lo uno porque el que en vida del antecesor tenia en su ocupacion las cosas de mayorazgo, pudo tener como hemos dicho por su voluntad y consentimiento la posesion natural, y ademas porque el detentador es material poseedor, y tiene la natural y mate-

rial posesion, aunque la ley le deje sin efectos civiles, por pasarlos *ipso jure* al sucesor del mayorazgo.

*Esc.* Me parece que entiendo la ley que hasta ahora no habia entendido; pero sigamos, que quiero enterarme de algunas cuestiones en esta materia, y tambien acabar de entender cuándo el que insiste en la cosa es solo detentador; ya sé que por defecto suyo puede suceder, como tambien por la cualidad de la cosa, lo que á mí me parece tengo entendido con su esplicacion de vmd.

*Ab.* Pues ahora resta saber cuándo será mero detentador por la cualidad del acto en virtud del que ocupa la cosa, que es la última parte de lo comprendido en la difinicion.

*Esc.* Sepamos y entendamos cómo hemos de conocer ser mero detentador por la cualidad del acto ó motivo de ocupar la tal cosa.

*Ab.* Cuando no hay título alguno ni causa de la entrega, traslativo de posesion, como si tú me dejases una cosa cuando ibas á hacer algunas diligencias, ó cuando hallabas proporcion de enviarla á su destino, en tí quedaban los efectos de ambas posesiones, y yo solo tenia la nuda detentacion ó insistencia en la cosa: ó cuando el título y motivo no es traslativo de dominio, como si me das una cosa en comodato ó depósito, porque ya se sabe que el comodatario y depositario no tiene los efectos civiles de posesion que permanecen en el que comodó ó depositó: lo mismo si la cosa fuese arrendada, que aunque se tiene la nuda detentacion se sabe que la causa y título de ella no es traslativo de posesion: tambien cuando se posee en nombre de otro, como el procurador, tutor &c., cuyos títulos ó motivos de poseer ó tener la cosa en su poder son en representacion de otro; y por lo mismo reteniendo los dueños los efectos civiles de las dos posesiones, resulta quedar en los ocupadores de las cosas sola la nuda insistencia en ellas; y lo mismo siempre que por decreto judicial, *causa custodiæ vel indemnitatis*, se entrega una cosa á cualesquiera en virtud de este decreto, no se quita posesion en cuanto á sus efectos civiles á quienes la tenian, con que solo la



nuda detentacion pasa á él, á quien por decreto judicial *causa custodiæ vel indemnitatis* es la cosa entregada.

*Esc.* No se canse vmd. en mas ejemplos, que ya he formado concepto de cuándo el poseedor lo es solo material por la cualidad del acto en virtud del que posee; ya sé tambien que los efectos civiles y remedios posesorios cuando sean inquietados en la posesion corresponden á los que tienen la civil ó natural; pero pregunto: ¿á los detentadores, si fuesen perturbados en su material detentacion, les corresponde algun remedio posesorio?

*Ab.* Para que entiendas bien la materia que estamos tratando de posesiones, y la respuesta á la pregunta que me haces, quiero antes esplicarte los remedios posesorios que se llaman interdictos, que son las acciones que competen á los que sin tratar del dominio ó propiedad disputan sobre la posesion de una cosa.

*Esc.* Muy bien está; pero el que yo entienda esos interdictos posesorios ó acciones será el caso.

*Ab.* Atiende y entenderás lo que puedas: has de saber ó traer á la memoria que cuando se disputa sobre á quién corresponde una cosa en dominio, ó quién es el señor de ella, es el juicio que se llama petitorio y de propiedad; pero cuando solo se disputa acerca de la posesion se llama juicio posesorio: se puede tratar de la posesion de tres modos, unas veces solicitando el actor adquirir la posesion que nunca ha tenido, cuyo juicio se llama *adipiscendæ possessionis*: otras solicitando retener la posesion en que está, que se llama *retinendæ possessionis*, y otras recuperar lo que ha tenido y perdido, que se llama *recuperandæ possessionis*: y estas acciones que corresponden para conseguir, retener ó recobrar la posesion, se llaman interdictos, los que concedió el pretor en ciertos casos entre los romanos, y hoy han quedado entre nosotros con los mismos nombres.

*Esc.* ¿Pero ello entre nosotros se dan tambien esos interdictos posesorios?

*Ab.* Sí: y retienen no solo la sustancia, sino tambien los nombres; pero en la realidad hoy son acciones civiles, con el nombre que entre los romanos tenian de interdic-

tos, pues su eficacia la tienen de las leyes de España, mas entre los romanos eran acciones pretorias y no civiles. No es del caso para tí la diferencia de los nombres de las acciones que habia entre los romanos, y ahora solo tienes bastante con saber que los que entre los romanos se llamaban interdictos conservan el nombre entre nosotros de tales, y son unas acciones que irás entendiendo su diferencia por el orden propuesto.

*Esc.* Entiendo que unos interdictos son para conseguir la posesion que nunca se ha tenido, otros para retener la que se tiene, y otros para recuperar la que se ha perdido; pero no entiendo mas si vmd. no me pone ejemplos en cada interdicto.

*Ab.* Vamos empezando por el interdicto para adquirir la posesion: todos los interdictos que concedió el pretor á los que no tenian posesion para adquirirla son correspondientes á esta primera parte de la division de interdictos; y fueron uno que se llamaba *quorum bonorum*, otro *quorum legatorum*, y el interdicto salviano, todos estos son *adipiscendæ possessionis*.

*Esc.* ¿A quién corresponde el interdicto llamado *quorum bonorum*?

*Ab.* El interdicto *quorum bonorum* compete á aquellos á quienes corresponde una herencia, sea por institucion ó *abintestato*, para conseguir la efectiva posesion de los bienes de ella, que nunca han tenido, de que solo tienen el dominio como herederos desde la adicion de la herencia.

*Esc.* Lo entiendo: ¿y á quién se da el llamado *quorum legatorum*?

*Ab.* *Quorum legatorum* se llamaba un interdicto dado al heredero contra el legatario, que á título de tal por propia autoridad y sin consentimiento del heredero se ha metido á ocupar los bienes legados; y como el heredero nunca tuvo la posesion de estos bienes es el interdicto *adipiscendæ possessionis*.

*Esc.* ¿Y qué interes tiene el heredero de conseguir la posesion de los bienes legados, si despues ha de tener que



darlos al legatario en virtud de la voluntad del testador que se los legó?

*Ab.* Al pretor le pareció justo de que el legatario no se apoderase por propia autoridad de los bienes legados, y sí que los pidiese al heredero; y ademas que este puede tener interes en la cuarta parte del legado, que se llama cuarta falcidia.

*Esc.* Entiendo que se da el interdicto *quorum legatorum* al heredero: sepamos ¿á quién se da el interdicto llamado salviano?

*Ab.* Para que lo entiendas debes saber, que las cosas que estan para el servicio y adorno respective de las heredades y casas que se arriendan estan tácitamente hipotecadas á la paga de los alquileres; pues cuando en fraude de esta obligacion (como sucede al que está debiendo los arrendamientos ó alquileres) se estrajesen las cosas que han servido, y se hallaban para el uso ó adorno en las heredades ó casas sin pagar las rentas devengadas á sus dueños, á estos se les concede el interdicto posesorio *adipiscendæ* llamado salviano, para adquirir la posesion de las tales cosas que le eran tácitamente hipotecadas por los alquileres contra cualquiera poseedor, en donde las tales cosas se hallen.

*Esc.* Lo entiendo: ¿y hay mas interdictos *adipiscendæ possessionis*.

*Ab.* Estos son los tres interdictos pretorios posesorios; pero cualquiera accion posesoria que competa á alguno para adquirir posesion que no tenia, siempre será accion ó remedio posesorio *adipiscendæ*: ejemplo, antes de esta ley 45 de Toro el sucesor en el mayorazgo, á quien *ipso jure* sin acto de aprehension no pasaba la posesion del mayorazgo, pidiendo la posesion usaba del remedio posesorio *adipiscendæ*; pero hoy en el dia como *ipso jure* le pasa la posesion civil y natural, solo puede pedir la material, mas no la civil ni natural en cuanto á los efectos civiles que se tienen por ministerio de la ley, aunque sí en cuanto al de usar libremente de ellas que le falte.

*Esc.* ¿Pero para cobrar la material si estuviesen las

cosas en poder de otro, le competirá al sucesor remedio posesorio *adipiscendæ*.

*Ab.* Sí: y la razon es, porque aunque por ministerio de la ley ha pasado en cuanto á los efectos civiles la posesion, cuando la nuda detencion está en poder de otro no tiene perfecta y completa la posesion, ni puede sin la material gozar y disfrutar de la cosa, que es el principal interes de la posesion; y asi le compete el remedio ó accion posesoria para conseguir la material posesion, que es la que le falta y nunca ha tenido.

*Esc.* ¿Con que hoy la posesion que damos á los mayorazgos es solo la material ó corporal ó nuda detencion?

*Ab.* Lo que al sucesor de un mayorazgo le falta antes de tomar la posesion judicial es la material insistencia en las cosas de mayorazgo, que en cualquiera otro que antes las tuviese se llamaba nuda detencion; pero pasando al legítimo poseedor deja de ser nuda detencion, por unirse la material insistencia en uno con la posesion civil y natural, que cuanto á los efectos civiles tenia ya por ministerio de la ley; y si está en posesion viene á ser una confirmacion judicial de la posesion en que ya se hallaba.

*Esc.* Me parece que lo entiendo; sigamos con los interdictos dictos *retinendæ*.

*Ab.* A los que estando en posesion de alguna cosa, y son estrajudicialmente turbados en ella, les compete el interdicto *retinendæ*: si las cosas fuesen inmuebles, se llama el interdicto *uti possidetis*, y si muebles *utrobique*.

*Esc.* Con que estos remedios *retinendæ possessionis* se dan á los turbados en la posesion estrajudicialmente, mas no á los que judicialmente son turbados.

*Ab.* Asi es lo cierto; porque el que demanda judicialmente sobre la posesion no hace injuria pues pide ante el juez que ha de hacer justicia, y declarar el derecho á quien le tenga, y por lo mismo no compete el remedio al que justamente es turbado aunque estrajudicialmente, como si el que es turbado ha echado violentamente al que le turba de la posesion de la cosa, que se llama poseer *vi*; ó si poseyese *clam* vel *precario ab adversario*.



*Esc.* No entiendo eso de poseer *vi*, *clam* vel *precario ab adversario*.

*Ab.* Llámase *vi ab adversario* cuando el poseedor habia antes echado por fuerza de la cosa al contrario: llámase *clam* cuando en ausencia del contrario que poseia se hubiese introducido en la cosa; y *precario* cuando estaba en ella en nombre del contrario, como si era su colono.

*Esc.* ¿Y cuándo se dirá que no es *ab adversario*?

*Ab.* Cuando fuese á otro á quien *vi* se habia echado de la posesion, ó fuese otro el que estuviese en ella, si *clam* se introdujere, ó en nombre de otro hubiese tenido la cosa en *precario*, como si el arrendamiento &c. en virtud del que tenia la cosa no fuese hecho por el que le espelió de ella.

*Esc.* Con que aunque posea *vi*, *clam* vel *precario*, si no es *ab adversario*, le competerá el interdicto posesorio *uti possidetis*.

*Ab.* Asi es lo cierto; porque no siendo *ab adversario*, aunque *vi*, *clam* vel *precario* injustamente se hallase en la posesion, siempre le compete el remedio ó interdicto *retinendæ possessionis*.

*Esc.* ¿Y este remedio compete contra cualquiera que turbe de cualquier modo en la posesion, ó solo contra los que turban diciendo que ellos poseen, ó son señores?

*Ab.* No solo contra los que solicitan poseer ó ser señores de la cosa se da el interdicto *retinendæ*, sí tambien contra cualesquiera turbadores, y de cualquier modo que turben, aunque sea solo de palabra, como de ella se le siga perjuicio en el goce de la posesion: v. gr. si en virtud de lo que el contrario diga no hallase el poseedor colono, comprador &c. para la cosa.

*Esc.* Ya sé que el remedio *retinendæ uti possidetis* compete por las cosas inmuebles, y *utrobique* se llama el que se da por las muebles; pero pregunto: ¿y por los derechos incorporales, como son las servidumbres, anuas prestaciones, jurisdicciones &c., se darán los remedios posesorios?

*Ab.* Yo sin la distincion que algunos autores hacen de si la posesion es personal, digo que en toda posesion ó quasi

posesion de derecho se dan los interdictos respective, *retinendæ* ó *adipiscendæ possessionis*.

*Esc.* ¿Con que al sucesor del mayorazgo, si en él hubiese derechos incorporales de servidumbre, censos, posesiones, jurisdiccion &c., le competerá los mismos remedios posesorios que para las demas cosas del mayorazgo?

*Ab.* Cierto que le corresponderán los respectivos remedios posesorios de *retinendæ possessionis*, vel *quasi*, ó *adipiscendæ*, como para todos los demas bienes del mayorazgo.

*Esc.* Pregunto: para que uno consiga lo que intenta en el remedio ó interdicto posesorio *retinendæ*, ¿qué es lo que debe probar?

*Ab.* Bástale al actor probar que posee al tiempo que solicita se le retenga en la posesion contra el que turba; y si el actor pide como sucesor de mayorazgo, probando que lo es, tiene probada la posesion civil y natural, que en virtud de la ley ha pasado á él, y lo bastante para conseguir en el juicio.

*Esc.* ¿Con que hoy despues de la ley 45 si á un sucesor de mayorazgo antes de tomar la corporal posesion otro se le entrara en las cosas inmuebles de él, no le corresponderia el remedio *recuperandæ possessionis*, sino el *retinendæ uti possidetis*, por haber pasado por ministerio de la ley á él la posesion civil y natural?

*Ab.* En cuanto á la posesion civil y natural no hay duda que le corresponderia el remedio *uti possidetis*, *retinendæ possessionis*: y con él conseguia, pidiéndole asi, que declarándole poseedor se mandase al detentador no le estorbase el usar y gozar la cosa y cosas del mayorazgo, con que conseguiria la completa posesion contra el perturbador del *uti frui*, que es el fin de la posesion, que por el remedio posesorio intentaba el sucesor del mayorazgo: es constante que el interdicto *uti possidetis* se da al que posee civilmente contra el que posee solo naturalmente: con que con mas razon se dará al sucesor del mayorazgo que posee civil y naturalmente contra el que solo es detentador.

*Esc.* Con que el sucesor del mayorazgo contra el detentador de las cosas de él tiene el remedio *adipiscendæ possessionis* por esta ley 45, y el *retinendæ uti possidetis*.



*Ab.* Sí: ambos remedios le competen.

*Esc.* ¿Y de cuál es mas útil usar?

*Ab.* Del interdicto *uti possidetis*; porque este interdicto se da contra cualquiera, aunque tenga título de dominio, y del interdicto *adipiscendæ possessionis* no hay duda es escepcion la de dominio, ley 27, tít. 2, 3 Partida en el versículo *é si por ventura*.

*Esc.* Y si dos concurriesen á decir que son poseedores en virtud y por ministerio de esta ley, intentando uno y otro el interdicto *uti possidetis*.

*Ab.* De modo que si ninguno de los dos estaban en la detentacion de los bienes, y se teme que vengan á las armas, por evitar quimeras puede el juez nombrar un depositario de ellos; lo contrario, si uno estuviese en la material detentacion, en cuyo caso no puede pasar á depositarlos.

*Esc.* Pero supongamos que no hay recelo de que se venga á las armas, y no está alguno en posesion, sino que cada uno viene intentando el remedio *uti possidetis*, diciendo que es el sucesor del mayorazgo.

*Ab.* En las causas de posesion de mayorazgo hay un juicio sumario que se llama tenuta.

*Esc.* Espliqueme vmd. ese juicio que se llama tenuta.

*Ab.* El juicio posesorio, que es cuando se trata sobre la posesion de las cosas, sin meterse en la propiedad ó dominio puede ser plenario ó sumario: plenario es aquel en que se trata de la posesion plenariamente y por todos los trámites del derecho; y sumario es aquel en que mas breve, y sin perjuicio de lo que en el plenario posesorio se decida, se determina sobre la posesion interina, que en los mayorazgos se llama de tenuta.

*Esc.* Y en las cosas que no son de mayorazgos ¿cómo se llama?

*Ab.* Sumario de ínterin, porque la sentencia es interina, y solo aprovecha para poseer ínterin se decide en plenario posesorio quién posee: este juicio sumario de ínterin se ha-

ce cuando no consta quien posee, y ambos vienen intentando el remedio *uti possidetis*: que entonces el juez admite prueba en sumario, y segun lo que de ella resulte, sin que cause perjuicio en el plenario, determina quién debe poseer en el ínterin.

*Esc.* Con que si alguno estuviese en la material posesion no deberá darse el juicio posesorio de ínterin, sino seguir el juicio posesorio plenario.

*Ab.* Asi es lo cierto, á escepcion de los mayorazgos, en los que como el hecho material de poseer no arguye posesion cuando se sabe que por esta ley pasa la civil y natural al sucesor del mayorazgo, aunque uno esté en la material, ha lugar al juicio de tenuta, á escepcion de que el que está en la material posesion la tenga judicialmente, y haya pasado medio año en ella, en cuyo caso, aunque la posesion haya sido, como regularmente se da sin perjuicio de otro que mejor derecho tenga, ya no se da juicio de tenuta en el Consejo, y se pasa á disputar el posesorio plenario y propiedad á la audiencia del distrito.

*Esc.* ¿Con que el juicio de tenuta en los mayorazgos se trata en el Consejo, y el plenario de posesion y en propiedad en las audiencias?

*Ab.* Por la ley 9, tít. 7, lib. 5 de la Recopilacion, que es la que da reglas para los juicios de tenuta, asi se manda; pero la ley siguiente, dejando en todo lo demas á la 9 en su fuerza y vigor, manda que determinados en el Consejo los juicios de tenuta, no se trate mas en las audiencias de la posesion, y sí solo de la propiedad.

*Esc.* ¿Pues de ese modo el juicio de tenuta ya se puede llamar plenario posesorio?

*Ab.* No es en rigor plenario, porque la ley limita los términos, y no sigue el orden de los juicios plenarios; pero no es tan sumarísimo como el de ínterin que hay en las demas cosas no vinculadas.

*Esc.* Dígame vmd.: si uno estuviese en posesion material por el medio año que dice la ley 9 no se trate en el Consejo, sí que pase á la audiencia el conocimiento, supuesta la ley que dice que en las audiencias se trate solo de pro-



piedad, ¿se tratará en la audiencia de juicio posesorio, ó solo del de propiedad?

*Ab.* Si el actor tratase del juicio posesorio, se deberá oir sobre él plenariamente, porque la ley 10, cuando dice que no se trate en la audiencia de la posesion, es en el supuesto de que en el Consejo se trató del juicio de tenuta, y como en el caso propuesto de estar el medio año en posesion la ley 9 prohiba el que se trate de tenuta, y mande conozca la audiencia, en ella se ha de tratar del juicio de posesion plenariamente con arreglo á lo que manda la dicha ley 9, y no se da el caso de la ley 10.

*Esc.* Supuesto que la ley 10 solo contenga la particularidad de que sentenciado el juicio de tenuta en el Consejo, á la audiencia pase solo el juicio de propiedad, y que la 9 es la que prescribe el modo de proceder en las tenutas: si parecia á vmd. podia trasladar á la letra la citada ley 9 del lib. 5 de la Recopilacion.

*Ab.* Me parece muy bien para tu mejor instruccion en los juicios de tenuta.

Dice asi: "Mandamos que cuando alguno ó algunos „ocurrieren al nuestro Consejo sobre pleitos y causas de „mayorazgos, ó sobre el remedio de la ley pasada, pa„resciendo á los del nuestro Consejo, que es caso en que „se debe dar juez, le den; y en la comision que llevare „le manden que en comenzando á entender en el negocio „asigne término de cincuenta dias á las partes por todos „términos y plazos, el cual no se pueda prorogar ni alar„gar por ninguna manera ni causa, dentro del cual los oiga, „y las partes ante él digan y aleguen, y presenten los ma„yorazgos y otros títulos, y escrituras y probanzas que qui„sieren; y hecho y concluso el negocio dentro de los di„chos cincuenta dias, sin otra mas conclusion ni proroga„cion para lo determinar, se traiga ante los del nuestro „Consejo; y traido se vea y determine luego, sin que ha„ya ni den lugar á otra alegacion ni probanza; y la sen„tencia que en ello dieren, se ejecute sin embargo de cual„quier suplicacion que de ella se interpusiere; y ejecutada

,,se resciba la suplicacion, y se den otros cuarenta dias; y ,,no se puedan prorogar ni alargar, dentro de los cuales ,,presenten, y prueben las partes lo que quisieren y vieren ,,que les conviene, para que en el dicho grado de suplica- ,,cion se vea, y determine lo que fuere justicia; y si la ,,sentencia fuere confirmatoria se remita el negocio al pre- ,,sidente y oidores de la nuestra audiencia, que hagan en ,,él justicia: y en caso que la sentencia que fuere dada ,,por los del nuestro Consejo en el dicho grado de supli- ,,cacion fuere revocatoria, que la sentencia de revista sea ,,llevada á pura y debida ejecucion, y en cuyo favor se ,,diere, sea puesto en la tenencia de los bienes del tal ma- ,,yorazgo, sin embargo que la sentencia de vista haya sido ,,ejecutada, y no quede otro remedio ni recurso alguno, y ,,el pleito se remita á la dicha nuestra audiencia en pose- ,,sion y propiedad donde las partes sigan su justicia: y la ,,misma forma y orden susodicha mandamos que se ten- ,,ga y guarde cuando á los de nuestro Consejo parescie- ,,re se debe conoscer del tal negocio en el Consejo, y no ,,enviar juez para que en él se den los dichos cincuenta ,,dias de término, sin que se pueda prorogar mas, dentro ,,del cual las partes digan y aleguen, y prueben, y pre- ,,senten lo que quisieren, y luego se vea el dicho pleito, y ,,la sentencia que dieren se ejecute; y ejecutada, si alguna ,,de las partes suplicare, se guarde y cumpla la orden su- ,,sodicha; y declaramos que lo que asi fuere sentenciado en ,,nuestro Consejo, y ejecutado, sea habido solamente por ,,tenencia de bienes; y en caso que algun poseedor de ma- ,,yorazgo fallesciere, y el que pretende ser llamado á el tal ,,mayorazgo tomó la posesion de él, y estuviere en ella ,,por medio año, y pasado el dicho tiempo otro viniere al ,,nuestro Consejo pidiéndola por virtud de la dicha ley ,,de Toro: mandamos que en tal caso no se dé juez, ni se ,,conozca de él en el nuestro Consejo, sino que se remita á ,,la dicha nuestra audiencia."

*Esc.* Ahora me resta entender los remedios posesorios *recuperandæ.*

*Ab.* El remedio ó interdicto *recuperandæ possessionis*



se da á aquellos que por fuerza son despojados de la posesion, y asi este interdicto se llama *unde vi.*

*Esc.* Y á todo el que posee y es por fuerza despojado de la posesion ¿se le da el interdicto?

*Ab.* Siempre que posea, sea civil, sea naturalmente, le compete contra el que le despoja el interdicto *unde vi.*

*Esc.* ¿Y al que es solo detentador le compete?

*Ab.* No: pero para que á uno que está en la ocupacion de una cosa, y fuese despojado *vi*, no le competa el interdicto, es preciso el que conste de que es mero detentador.

*Esc.* Con que de ese modo al que detiene las cosas de mayorazgo, si por el sucesor de él, en quien consta que por la ley ha pasado la posesion civil y natural fuese despojado, ¿no le competerá el remedio posesorio *recuperandæ*?

*Ab.* Es constante que no le compete, porque no tenia posesion civil y natural, y sí solo la detentacion; y no hay duda en que es solo detentador, porque por ministerio de la ley pasó al sucesor tanto la posesion civil como la natural.

*Esc.* ¿Y si el ocupador de la cosa negase ser de mayorazgo, con lo que se dude si lo es ó no, y fuese despojado?

*Ab.* De modo que si el sucesor no probase evidentemente y incontinenti que la cosa es de mayorazgo, el despojado deberá ser restituido *ante omnia.*

*Esc.* Y la escepcion de dominio probada incontinenti ¿impide la restitucion?

*Ab.* No: pues el despojado de la posesion debe ser *ante omnia* restituido, aunque el despojante ofrezca probar incontinenti el dominio.

*Esc.* ¿Pues no me dice vmd. que no será restituido el despojado por el sucesor del mayorazgo si este incontinenti acreditase ser la cosa del mayorazgo?

*Ab.* Sí que lo dije, y lo vuelvo á decir.

*Esc.* Pues yo no entiendo la diferencia de un caso á otro.

*Ab.* Atiende y lo entenderás: el despojado debe ser res-

tituido *ante omnia*, sin que se admita contra él para detener la restitucion la escepcion de dominio; pero para que el despojado tenga interdicto *recuperandæ possessionis*, es forzoso que estuviese cuando fue despojado en la posesion civil ó natural: bien puede uno (ya lo sabes) ser poseedor, y otro ser señor de una cosa; pero no le compete si fuese mero detentador sin posesion civil y natural. Es constante que por la ley que vamos esplicando al sucesor del mayorazgo pasaron ambas posesiones; con que lo es tambien que el que fue despojado no lo fue de posesion alguna, y sí solo de la detentacion.

*Esc.* Ahora lo entiendo: ¿con qué para que uno sea *ante omnia* restituido basta probar que poseia al tiempo del despojo?

*Ab.* Y que lo hacia ó por sí, ó por medio de otro, como siervo, hijo, procurador, colono &c., y debe inmediatamente y *ante omnia* ser restituido á su posesion, y que el despojante sea condenado en todas las costas, daños y perjuicios, aunque sea señor de la cosa; y es muy justo y puesto en razon el que no se permita á ninguno, aunque sea señor, el que de propia autoridad se entre en la posesion que otro tiene, porque seria dar motivo á muchas riñas en perjuicio de la pública paz: el que sea señor ó tenga cualquier derecho debe acudir ante el juez á deducirlo, y no usar de autoridad propia.

*Esc.* ¿Y siempre sin alguna escepcion el despojado debe ser *ante omnia* restituido, sin admitirse la escepcion de dominio?

*Ab.* Todas las reglas tienen sus escepciones: una es si el despojado contestó á la escepcion de dominio: tambien es escepcion cuando al despojado le obsta un notorio defecto en la propiedad, cuyo defecto proviene de las leyes comunes ó derecho general, como si un obispo fuese despojado de la cuasi posesion de percibir diezmos fuera de su obispado, porque por derecho comun tiene la presuncion contra sí: tampoco debe ser restituido *ante omnia* el despojado cuando de la restitucion puede haber perjuicio irreparable; v. gr. un marido pide la restitucion de su muger que se ha



separado, y esta escepciona y ofrece probar haberse casado en grado prohibido, ó la sevicia escesiva del marido de la que probablemente se temia la muerte ó grave daño, de la muger, y otras cosas á este modo, en que los perjuicios que puedan seguirse en la restitucion no se puedan reparar por la sentencia del juez.

*Esc.* Y qué ¿por nuestra jurisprudencia se debe restituir *ante omnia* al despojado, aunque ofrezca probar inmediatamente el dominio el despojante?

*Ab.* Eso tiene sus dificultades: por la ley 17, tít. 2 de la Partida 3, en la que se dice, que la causa de posesion debe ser preferida á la de propiedad, á no ser que el que diga que la cosa es suya ofreció luego probarlo; pero estando terminante la ley final tít. 10 de la Partida 7 sobre que el despojado sea *ante omnia* restituido, aunque le pongan la escepcion de dominio, y esta ley sea del mismo cuerpo de leyes, y posterior en el orden de la colocacion, y en ella no se haga la escepcion de si ofreciere probar el dominio incontinenti, hablando de los despojados (aun la ley anterior no habla de despojo, sino generalmente de cuál de los juicios deben ser preferidos, si los de posesion ó propiedad), se viene en conocimiento de que la ley de la Partida 3 no habla del caso de despojo, sino de cuando dos concurren á decir uno que es señor, y otro que posee por el remedio *adipiscendæ possessionis* ó el *retinendæ*, en cuyo caso si el que dice ser señor lo prueba incontinenti, debe ser preferido al que pedia la posesion.

*Esc.* Sus dificultades tienen las tales leyes: y á la verdad que si como es anterior en el orden la de la Part. 3 fuera posterior, no sé que me diria.

*Ab.* Vamos á lo que es, y cómo se entienden las leyes conforme estan, y no como se entenderian en casos diversos.

*Esc.* Dígame vmd., y si el despojado muriese ¿compete á los herederos el interdicto contra el despojante?

*Ab.* Sí: y aun contra los herederos del despojante se da la accion *in factum*, para que paguen lo que á ellos haya llegado; de modo, que si vino á los herederos la cosa pa-

ra recobrarla, y si no, el interes ó valor de ella de los bienes, ó en cuanto alcancen los bienes que del despojante hayan heredado.

*Esc.* Y si la cosa estuviese en poder de un particular sucesor, porque el despojante la habia vendido, ¿se dará el interdicto *unde vi* contra el poseedor?

*Ab.* El interdicto *unde vi* en rigor solo se da contra el que despoja violentamente á otro por la cosa ó por los intereses, posea ó no posea, y esté en culpa suya ó no el no poseer, pero no contra el particular sucesor que de buena fe posee: mas por equidad se ha mandado en el derecho canónico, y se ha estendido al secular juzgado, que si el particular sucesor fuese sabedor del despojo, pueda contra él pedir el despojado para ser reintegrado *ante omnia* en la posesion de la cosa.

*Esc.* Pero qué ¿el despojado si la cosa ha pasado á un particular sucesor que la posee de buena fe ha de ser privado de su cosa?

*Ab.* No: no es lo mismo el que no se le dé contra el poseedor interdicto *unde vi*, que el que no pueda pedir su cosa; y asi contra el poseedor tendrá la reivindicacion, pues esta cosa como afecta al vicio del despojo no puede prescribirse hasta que vuelva al que fue despojado; y contra el despojante el interdicto para cobrar los intereses ó *quantum interest*.

*Esc.* ¿Y hoy se da por nuestras leyes á los despojados este interdicto *unde vi*?

*Ab.* Hoy tenemos la ley 10, tít. 10 de la Part. 7, que es la que da la regla, y viene á ser lo mismo que en el derecho romano estaba últimamente mandado por la ley *si quis in tantum*, *cod. unde vi*.

*Esc.* ¿Con qué hoy no se dará el interdicto *unde vi*?

*Ab.* Digo que no, y sí el remedio posesorio que concede la ley á los despojados para que *ante omnia* sean restituidos en las cosas de que fuesen despojados, y el remedio de esta ley del reino es mas útil al despojado que el interdicto *unde vi*, pues da igual pena en favor del despojado contra el que despoja siendo dueño que no lo siendo.



*Esc.* Bueno seria trasladarla á la letra esta ley.

*Ab.* Me parece será conveniente, con eso ves en ella las penas del que despoja, y las escepciones que contiene.

Dice así: "Entrando ó tomando alguno por fuerza por „sí mismo, sin mandado del juzgador, cosa agena, quier „sea mueble, quier raiz; decimos, que si derecho ó seño„río habia en aquella cosa que asi tomó, que lo debe per„der, é si derecho ó señorío no habia en aquella cosa, de„be pechar aquel que la tomó ó la entró cuanto valia la „cosa forzada, é demas débelo entregar della, con todos „los frutos é esquilmos que dende llevó. É si por aventu„ra aquella cosa que asi forzó se perdiese ó se empeorase, „ó muriese despues, el peligro del empeoramiento ó de la „pérdida pertenece al forzador; en manera que es tenudo „de pechar la estimacion de ella á aquel á quien la tomó, „ó la forzó, é esta pena ha logar contra todos los homes „que tomaren ó furtaren lo ageno, asi como sobredicho es: „fueras ende, si el que lo ficiese fuese menor de catorce „años, ó loco, ó desmemoriado, ó si fuese padre el que „entrase la heredad de su hijo, ó señor que entrase la he„redad del que obiese aforrado. Pero cualquier de estos so„bredichos, maguer non caya en esta pena, tenudo es de „desamparar, ó de tornar simplemente aquello que tomó, ó „entró como non debia á aquellos cuyo era. É como quier „quel menor de catorce años, nin el loco, nin el desme„moriado, non caerian en la pena sobredicha si aquellos que „los tuviesen en guarda entrasen en la manera que de suso „dijimos, ó tomasen cosa agena en nome de aquellos que „tuviesen en guarda, estonce los guardadores caerian en la „pena, tambien como si lo ficiesen de otra guisa por sí „mismos pechándolo de lo suyo, é non de los bienes de los „huérfanos."

*Esc.* ¿Con qué de ese modo, si un sucesor de mayorazgo entrase de propia autoridad en cosa que otro tenia, aunque fuese de mayorazgo, perderá la cosa?

*Ab.* Ya sabes que el sucesor del mayorazgo es poseedor con posesion civil y natural, con que entrando en la cosa del mayorazgo no hace injuria al otro, que era mero

detentador, pues ningun derecho de posesion le quita.

*Esc.* Con que el remedio y pena al despojante que prescribe nuestra ley ¿es lo mismo en las cosas muebles que en las inmuebles?

*Ab.* Bien terminante está la ley.

*Esc.* Y en caso de que uno haya dejado la cosa vacante, de modo que haya perdido la posesion, y otro entrase en ella, ¿se dará contra el que entró en ella el remedio de esta ley?

*Ab.* Digo que no, porque no entró por fuerza, ni por derecho de los romanos le competia el interdicto *unde vi*, y asi no le compete remedio posesorio á quien por su omision perdió la posesion y dejó cosa vacante; pero sí tendrá la accion para pedir en el juicio petitorio, porque el que entró en la cosa sabiendo que no era suya, no la puede usucapir, esto es, no puede por el uso adquirir el dominio de ella, mas sí la posesion que estaba vacante; pues aunque hay ley del Código que da remedio posesorio al que dejó la cosa vacante, no la hay de España; y no la hay por qué demos remedios que no dan nuestras leyes á los que por su omision han perdido la posesion.

*Esc.* ¿Y si la cosa fuese de mayorazgo que el poseedor haya abandonado, dejándola vacante, se le dará remedio posesorio?

*Ab.* Digo que sí; pero no será el *recuperandæ* ó *unde vi*, porque él no ha sido echado por fuerza, ni el de esta ley nuestra; pero sí el *retinendæ uti possidetis*, pues pasando á él por ministerio de la ley que vamos esplicando la posesion civil y natural, y habiendo perdido solo la nuda detentacion, puede pedir muy bien por el interdicto ó remedio posesorio *retinendæ* contra el detentador, como que le turba en el *uti frui* de su posesion, que por ministerio de la ley tiene.

*Esc.* Estoy enterado: y dígame vmd. si al que echa por fuerza á otro de su cosa inmediatamente se le volviese á echar, ¿tendrá el segundo despojado el remedio de la ley contra el despojante?

*Ab.* No; porque el que inmediatamente recobra la po-



sesion material perdida, se entiende que nunca perdió la posesion civil, y que aun la retiene cuando incontinenti *vim vi repellit*; por lo mismo, si el despojante último estaba en tiempo de usucapir la cosa, no se entiende por el despojo anterior interrumpido en la posesion, y continúa la usucapion ó prescripcion principiada.

*Esc.* Pregunto: ¿y se da el remedio de la ley para recobrar la posesion ó cuasi de las cosas incorporales, ó solo de las corporales?

*Ab.* El interdicto *unde vi* se dió á los despojados de los derechos que poseian, y en los que solo hay cuasi posesion, como en las servidumbres y otros derechos incorporales: y el remedio posesorio de nuestra ley y penas contra los despojantes se da á los despojados lo mismo de la posesion de los derechos corporales, que de la cuasi posesion de los incorporales.

*Esc.* Ahora en el supuesto de que el autor tiene que probar que poseia para intentar la restitucion de la cosa, necesito saber cómo se prueba la posesion.

*Ab.* La posesion, como todas las demas cosas, se prueba por testigos ó instrumentos, y estos pueden acreditarlo de varios modos: primero, si deponen ó acreditan un acto verdadero y natural de posesion, v. gr. la entrada en las cosas inmuebles, ó la aprehension en las muebles: lo segundo, un acto fingido de los que son traslativos de posesion, como la tradicion de llaves que se le haya dado en señal de posesion &c.: lo tercero, si acreditan una cualidad en la cosa, de la cual resulta la traslacion de la posesion sin auto alguno natural ó fingido, como que es del mayorazgo de que es sucesor el que intenta probar la posesion, de cuyas cosas por su cualidad sabemos que por la ley, sin acto alguno de aprehension, pasa la posesion civil natural: lo cuarto, cuando aunque no se pruebe algun acto verdadero ó fingido primordial de posesion, se pruebe que tiene la cosa de cuya tenencia resulta probada la posesion, y esto por cualquiera de los actos regulares que la indican, como el que la siembra, la cultiva, coge los frutos, ó percibe las pensiones, á no ser que del mismo dicho de los tes-

tigos que deponen, por la cualidad de la persona, se infiriese lo contrario; como si dijesen que percibia los frutos como colono, inquilino, comodatorio, depositario &c.; porque de tal prueba tan lejos está de probarse la posesion, que antes bien se prueba que posee en nombre de otro, y que solo la tiene en nombre ageno.

*Esc.* Dígame vmd., y si con un testigo probase que sembró la cosa, con otro que cogió los frutos, y con otro que cobró alguna pension, de modo que los testigos sean singulares de cada acto de los enunciativos de posesion, ¿estará esta probada?

*Ab.* Sí: porque la posesion es como un género que contiene diversos actos; y asi los testigos, aunque singulares en cada uno de los actos, son contestes en probar la posesion tomada en general ó como género.

*Esc.* Dígame vmd.: ¿y en los juicios de posesion se da apelacion?

*Ab.* Por derecho comun no se daba; y la razon era porque la tal sentencia, como reserva el juicio de propiedad, se creia de corto perjuicio, tenia sus escepciones que á ti no te hacen al caso saber, y solo sí que por nuestro derecho patrio se da apelacion.

*Esc.* Eso es lo que yo deseo saber.

*Ab.* Hay distincion entre los juicios posesorios de recuperar la posesion á los de retener ó conseguirla: en el primero la apelacion se admite solo en un efecto, porque el despojado *ante omnia est restituendus*; pero en los otros dos se admite la apelacion de la primera sentencia en ambos efectos: mas si hubiese dos conformes hasta que el que venció esté en posesion, no se admite súplica; bien se manifiesta esta doctrina en la ley 9, lib. 7, tít. 5 de la Recopilacion, que trata del juicio de tenuta: y basta lo dicho para que pasemos á la última ley que trata de mayorazgos.

## LEY XLVI.

*Todas las fortalezas que de aqui adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares, y heredamientos de mayorazgo, y todas las cercas de las dichas ciudades, villas de mayorazgo, asi las que de aqui adelante se hicieren de nuevo, como lo que se reparare ó se mejorare en ellas; y asimismo los edificios que de aqui adelante se hicieren en las casas de mayorazgo, labrando é reparando ó reedificando en ellas, sean asi de mayorazgo como lo son ó fueren las ciudades, villas ó lugares y heredamientos y casas donde se labraren; y mandamos que en todo ello suceda el que fuere llamado al mayorazgo con los vínculos y condiciones en el mayorazgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los hizo, ni á sus hijos, ni á sus herederos ni sucesores; pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad para que sin nuestra licencia ó de los Reyes que de nos vinieren se puedan hacer ó reparar las dichas cercas y fortalezas: mas que sobre esto se guarden las leyes de nuestros reinos como en ellas se contiene.*



## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley, como ves en ella, se reduce á decir que las fortalezas que se hicieren en heredamientos de mayorazgos, las cercas que se hicieren ó repararen en ciudades, villas y lugares de mayorazgo, y los edificios que labrando ó reparando si hicieren en casas de mayorazgo, sean de mayorazgo, sin que las mugeres ni los hijos y herederos de los que edificaron tengan repeticion contra los sucesores por el importe de las obras de fortalezas, cercas ó edificios: advierte la ley que no por esto se entiende dada licencia para hacer cercas ni fortalezas, sino que en esta parte quedan en su fuerza las leyes que lo prohiben.

*Esc.* Dígame vmd. ¿esta ley habla de todas las obras y reparos hechos en cosas de mayorazgo, ó solo en los tres casos que habla la ley de fortalezas, cercas y edificios en casas?

*Ab.* Varían los autores en eso: unos y otros alegan que asi segun su opinion sea juzgado; pero en el supuesto de que las sentencias en los casos particulares no tienen fuerza de ley, y que *res inter alios acta aliis non præjudicat*;

yo no dudo de que se debe restringir á los tres casos que espresa la ley: lo uno porque la ley es correctoria del derecho comun de España, y se ha de restringir á los casos que habla: tiene algo de odiosa, aunque no es injusta, pero *sí* es dura; y lo otro porque si la ley hubiese querido comprender á todas las mejoras de las cosas de mayorazgos le seria mas fácil esplicarse con una generalidad que las comprendiese, y no espresar solo los tres casos particulares.

*Esc.* Me parece lo mismo: y yo no solo juzgo dura esta ley en los tres casos que comprende, sino algo de injusta, especialmente escluyendo á la muger de la mitad de los gananciales que se hayan invertido en las obras.

*Ab.* Antes de convencerte de que esta ley no contiene injusticia, aun escluyendo á la muger de la mitad por razon de gananciales, es forzoso prevenirte que el mayorazgo, esto es, el poseedor tiene obligacion á los reparos necesarios de las cosas de mayorazgos, no solo en los tres casos que habla esta ley, sino en todos; y asi lo que hemos de hablar es de los gastos en fabricar de nuevo, y hacer la cosa de mejor condicion, ó que se conviertan en utilidad del mayorazgo (sobre la obligacion que el poseedor tiene á conservar y reparar los bienes), que son los gastos de que digo que solo comprenden los tres casos de la ley presente, y que en ellos aun la muger no puede repetirlos contra el sucesor.

*Esc.* Dura ley y aun injusta me parece que en esos tres casos cuando los gastos sean fuera de la obligacion del poseedor haya de privarse la pobre muger de la mitad de ellos.

*Ab.* Dime, ¿la muger casada tiene la mitad de gananciales por otra razon mas que porque las leyes de España se les conceden?

*Esc.* No señor.

*Ab.* Pues bien: ¿qué inconveniente hallas en que á favor de los vínculos hayan querido las leyes que sean sus posesiones de casas fuertes y cercas preferidos á las ganancias ó gananciales, esto es, que los frutos del mayorazgo despues de haber mantenido con ellos el poseedor sus obligaciones, muger, hijos &c., sean primero para convertirse en utilidad de las mismas vinculaciones, si en ellas se invirtieron, que para la muger y sucesores del poseedor? Los frutos del mayorazgo con que muger é hijos se mantienen, v. gr., ¿no los tienen en virtud de las leyes que han querido la permision de vincular? con que ¿qué inconveniente hay en que estas leyes prefieran los mismos vínculos en las obras, que en fortalecer cercas y edificios de casas de los mismos mayorazgos se hayan invertido, al que muger é hijos del poseedor adquieran y hereden respectivamente los intereses de los gastos invertidos en ellos?



*Esc.* Muy bien está cuando los frutos del mayorazgo den para manutencion y obras; ¿pero supongamos que no dan?

*Ab.* En este caso la muger mal podia tener gananciales de los frutos del mayorazgo, y á su dote no se le ha de tocar: en cuanto á los hijos podia haber alguna dificultad, supuesto de que estos gastos se hicieron de cuenta de bienes libres de su padre; pero saldrás de ella recordándote de que el padre puede vincular el tercio y quinto de sus bienes, y aun teniendo hijos y con licencia del Rey todos los bienes, dejando á los hijos los alimentos.

*Esc.* Bien entiendo de que los hijos pueden ser, digámoslo asi, desmejorados á favor del vínculo con licencia del Rey, aun en todos los bienes fuera de la legítima de derecho natural; y que la muger no debe ser preferida á los mismos bienes en las obras que del sobrante de los alimentos el poseedor haya hecho en los que esta ley señala, pues las leyes dan la mitad de gananciales á la muger, y pueden preferir á los mismos bienes vinculados en las obras hechas; pero supongamos de que de otros tráficos de los productos de los bienes libres, ó de los productos de los bienes de la dote, sean los caudales que se han invertido en las fortalezas, cercas &c., porque el mayorazgo no produce para ellos: apretemos el caso, un poseedor de mayorazgo que solo valia cuatro mil ducados al año casó con muger, cuyos bienes dotales de mayorazgos suyos producian anuales veinte mil pesos: hizo el mayorazgo una fortaleza ó cerca que le costó

cuarenta mil pesos, y solo vivió tres años: es constante que estas obras se hicieron con los bienes gananciales, efectos de los bienes de la muger, que los hijos carezcan de aquella parte mitad que corresponderia á su padre, porque pudo vincularlos muy bien; pero la muger en cuyo perjuicio el marido no pudo vincularlos, ni estos gananciales son efectos del vínculo del marido, ni de sus bienes libres, sino de los propios de la muger: ¿qué razon habrá para que se aumenten al vínculo, y que la pobre muger se quede sin su mitad de gananciales?

*Ab.* Amigo, has apurado el caso terriblemente: yo de buena fe te confieso de que me parece que los autores de esta ley no tuvieron en consideracion caso igual, y que solo sí lo que es regular de que los gananciales serian efectos de los frutos del mismo mayorazgo, bienes é industria del marido, aunque á ellos hubiera de contribuir en algo la dote de la muger; pero no obstante, aunque dura esta ley, no es injusta aun en el caso que has propuesto.

*Esc.* Quiero que vmd. me convenza para que pueda asentir á que la ley, aun en el caso de que las obras se hayan hecho con los frutos de los bienes dotales, no sea injusta.

*Ab.* Atiende: bien sabes que el marido es dueño de los bienes dotales durante el matrimonio, y que los frutos de ellos se corresponden *ad onera matrimonii sustinenda*, que es decir, que siendo del cargo del marido mantener todas las cargas del matrimonio se le dan los frutos dotales para ayuda de estas, sean pocos, sean muchos. El marido durante el matrimonio es libre señor, y puede disponer como quiera de sus bienes, de los frutos de ellos y de los frutos dotales, y hoy de todos los frutos de bienes de la muger que aportó esta al matrimonio; pero á la muger se la conceden la mitad de los gananciales que resulten despues de disuelto el matrimonio: gananciales se entiende no todas las ganancias que haya habido, como en las demas compañías, sino lo que resulte de gananciales despues, háyase gastado mucho bien ó mal gastado, sea el marido quien lo ha gastado, sea la muger. En las demas compañías todas las ganancias



que hayan resultado, ó en el tráfico ó negocio de la compañía se dividen, aunque se hayan gastado por alguno de los socios: v. gr. se han ganado veinte; pero un socio sacó y convirtió en usos propios los veinte, siempre hay veinte de gananciales, que se dividen, y tiene que abonar el socio que en usos propios los gastó.

*Esc.* Muy bien está todo eso si se hubiesen gastado ó consumido, aunque hubiese sido en vicios y locuras del marido ó en trages y locuras de la muger; pero aqui si no se han consumido, porque existen las fortalezas, cercas ó edificios que han aumentado las fincas del mayorazgo.....

*Ab.* Pues bien: si los frutos de los bienes de la muger, aunque el marido los hubiese malgastado, no se le deben sacar de su capital como gananciales de la muger, porque impútese asi que cayó con un gastador, ¿qué injusticia quieres tú dar á una ley que manda por punto general el que las fortalezas, cercas, casas que se hagan por los poseedores de los mayorazgos se hagan de estos vínculos, cuyos frutos son para él por toda la vida? y supuesto que se hacen del vínculo, son bienes respecto del matrimonio consumidos, y mejor que en locuras y devaneos: con que si en lo que está consumido ó pasado á dominio ageno cuando se trate de ver si hay gananciales ninguna injusticia hay en que no se divida, ni en que la muger no tenga accion á ellos, asi como no la tendria contra otros cualesquiera bienes que fueron gananciales algun dia: ¿qué mas da si al tiempo de disolverse el matrimonio se hallasen ya en dominio ageno por la union al vínculo en virtud de esta ley?

*Esc.* Pregunto: ¿y si el marido hubiese hecho las obras de que habla la ley de los bienes de la muger?

*Ab.* Tendrá que satisfacerlos de los suyos.

*Esc.* Pues supongamos que el marido no tiene con que pagar.

*Ab.* En este caso se debe decir lo mismo que llevamos dicho en las deudas contraidas por el poseedor de un vínculo invertido su importe en él: ya oiste decir que si se convierte en utilidad del vínculo debe pagarse por el poseedor ó poseedores de él, y no de lo contrario; con que lo

mismo se debe decir en el caso de que se hayan hecho casas ó fortalezas con los bienes que su muger aportó al matrimonio, que tendrá accion á repetir en la cantidad en que haya sido el mayorazgo mejorado.

*Esc.* ¿Pero quién ha de pagar las mejoras caso de que se deban?

*Ab.* El sucesor, no de sus propios bienes, sino de los frutos del mayorazgo en una cantidad moderada en cada un año, debe satisfacer las deudas que se hayan invertido en utilidad de los bienes vinculados; y lo mismo á la muger del antecesor lo que de sus bienes haya invertido en fortalezas, cercas ó edificios de casas, cuando el que hizo las obras no tenia bienes suyos, pues la ley si escluye á la muger y hijos es de la que el marido de lo suyo haya invertido en tales obras, pero no de lo que es ageno, porque su voluntad pudo hacer de que sus bienes se agregasen al mayorazgo, pero no los agenos; y los de su muger fuera del usufructo siempre fueron agenos, pues el marido no tiene libre disposicion de ellos.

*Esc.* Lo entiendo: y sacamos que segun la opinion de vmd. y algunos otros autores, supuesto que esta ley habla solo en los tres casos, en los demas las obras que se hagan en los bienes de vínculo no son para el sucesor, sino que este de los mismos frutos debe irlos pagando á los demas herederos y muger del que los hizo por mitad de gananciales.

*Ab.* Tendrá el sucesor que satisfacer de los frutos del mismo vínculo los gastos de obras hechas en sus bienes, siempre que se hayan hecho por ellas de mejor condicion, y solo en la parte que hayan recibido mejora, mas no del total importe de lo que en ellas se haya invertido, pues los reparos necesarios tuvo obligacion el antecesor á ejecutar, y los superfluos ó demas gastados que no se han convertido en utilidad y aumento del vínculo no son de cargo del sucesor satisfacer.

*Esc.* ¿Con qué sin licencia de los Reyes no se pueden hacer fortalezas ni cercas en villas ó heredamientos de mayorazgo?



*Ab.* Sea de mayorazgo ó no el suelo indistintamente está prohibido sin licencia del príncipe hacer torres ó fortalezas ó cerca de villa ó ciudad segun lo ves en esta ley 46 de Toro, y ya estaba prohibido antes como puedes ver en la ley 7, tít. 7, lib. 4 del Ordenamiento; y segun el libro de las Pragmáticas, folio 66, en el capítulo *judicium*, se les prohibe á los magnates no solo edificar fortalezas y torres en sus territorios, sí tambien casa fuerte de habitacion sin licencia del príncipe.

*Esc.* Bien que no puedan edificar de nuevo torre, cercar villa ó ciudad y casa fuerte para su habitacion sin licencia del príncipe; ¿pero bien podrán reparar, y aun reedificar la antigua casa fuerte, fortaleza ó cercas antiguas?

*Ab.* Cuidado que la ley de Toro solo habla de cerca de villa ó ciudad y de fortalezas; y asi digo que ni reparar las antiguas á la ley de Toro ni edificar de nuevo; y la razon es porque pudiendo haber inconveniente en que haya fortalezas privadas ó de particulares, y en que por ellos se hallen algunas villas y ciudades muradas, quiso la ley que sin conocimiento del príncipe en si habia inconveniente en fabricar de nuevo tales obras no se hiciesen, y lo mismo reparar las que ya habia, porque podian haberse edificado algunos fuertes ó murallas que no fuese conveniente, y prohibiendo la reedificacion sin licencia, con el tiempo vendrian á faltar, no creyéndose conveniente mandar demolerlas por los inconvenientes que en ello hallarian los legisladores; y ademas que era necesario para mandar su demolicion manifestar los motivos que no hay necesidad para negar la licencia.

*Esc.* ¿Pues cómo en la instruccion de corregidores se les encarga se reedifiquen y cuiden los muros de las ciudades y villas?

*Ab.* Pues si se manda á los corregidores, bastante licencia se les da; pero no se les manda ni da licencia en esa instruccion á los dueños particulares para que sin licencia reedifiquen cercas de las villas y ciudades.

*Esc.* ¿Pero por qué á los corregidores se les manda por punto general, pues que en ninguna ciudad ó villa en don-

de haya corregidor ha de haber inconveniente alguno?

*Ab.* El inconveniente solo puede ó podia estar en que los particulares reedificasen ó edificasen fuerte ó murallas, y asi necesitan licencia para ver si le hay y no concedérsela; pero nunca en que las que no son de particulares se reedifiquen y conserven en la forma que se encarga á los corregidores.

*Esc.* ¿Pero tambien es cosa dura el que á cada uno no se le permita edificar en su suelo como le parezca.

*Ab.* Cuando se hace daño á otro, y mucho mas cuando hay ó se puede temer perjuicio comun, no es cosa dura el que se le prohiba á un particular edificar en su suelo. ¿No has visto el que á uno que haya querido cercar una heredad suya que está en pago con otras muchas se le impide?

*Esc.* Sí que he visto.

*Ab.* Pues eso solo sucedia por el corto interes que los ganados tenian ó los dueños de ellos en pastar aquella heredad despues de levantado el fruto; pero sepas que en el año de 88 salió una real cédula, con fecha de 15 de junio, en la que se permite á los dueños particulares el poder cerrar y cercar las tierras para plantarlas de olivares, viñas, ó hacerlas huertas de hortaliza con árboles frutales, y que deberán permanecer cerradas perpetuamente cuanto se mantengan con dichos árboles ó legumbres; advirtiendo dicha real cédula que contra este permiso general, que á todos se concede por ella, no prevalezca uso ni costumbre en contrario.

*Esc.* Me alegro saber esta real cédula.

*Ab.* Pues en el oficio de ayuntamiento la tienes, cuando ocurra caso puedes verla.

*Esc.* Ya iré desde mañana á buscarla para tenerla á mano, y podemos pasar á la ley siguiente, que no me ocurre que preguntar mas.

*Ab.* Vamos á la ley 47 que ya no trata de mayorazgos.

*Esc.* ¿Con qué hemos concluido la materia de mayorazgos? ya era tiempo que acabáramos.



## LEY XLVII.

*El hijo ó hija casado velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre.*

### COMENTARIO.

*Ab.* El hijo de familias es en la potestad de su padre, aunque llegue á ser anciano, se haga soldado ó doctor, y por derecho comun aunque se case; de modo que no solo él sino todos sus descendientes quedaban en la potestad de su padre.

*Esc.* Lo contrario dice esta ley 47.

*Ab.* Por nuestro derecho patrio se corrige el derecho comun en esta parte, y el hijo casado y velado sale de la patria potestad, y todos los descendientes de él, hasta que se casen ó sean emancipados, recaen en su potestad; pero es de advertir que para que el hijo se haya por emancipado, saliendo de la potestad patria, no basta casarse, sino que la ley requiere el que sea tambien velado.

*Esc.* ¿Y casado y velado que sea si muere la muger vuelve á la potestad?

*Ab.* No: una vez que sea casado y velado, aun cuando el matrimonio no llegase á consumárse, queda fuera de la potestad, tanto el hijo como la hija; y no vuelve á ella, pues es habido por emancipado en todas las cosas para siempre, como dice nuestra ley.

*Esc.* ¿Con que es lo mismo que el matrimonio se haya consumado, ó que esté rato?

*Ab.* Lo mismo: no solo para el efecto de salir de la patria potestad, sino tambien para otros, tanto en lo favorable como en lo adverso; de modo que lo dispuesto en el marido y muger se entiende tambien entre los esposos de presente, por lo que asi como en su caso hay sucesion *abintestato* entre marido y muger, asi la hay entre esposo y esposa de presente, y tambien prohibicion de hacerse mútuas donaciones, esto es, que la prohibicion de donar entre marido y muger se entiende tambien entre esposo y

esposa de presente, y lo mismo en los demas efectos útiles ó perjudiciales, fuera de alguna otra particular escepcion.

*Esc.* ¿Con que la velacion es preciso requisito para salir de la potestad?

*Ab.* Sí: de modo que sin él lo mismo esposos que maridos, lo mismo con hijos que sin ellos, no salen de la potestad, y sus hijos estan en la potestad del abuelo, como sucedia por derecho comun y antes de esta ley de Toro; pero estando casados y velados en todas las cosas y en cuanto á todos los efectos son habidos por emancipados; adquieren para sí todo lo que adquieren; pueden comparecer en juicio demandando al padre precedida la venia, y los hijos recaen en su potestad.

*Esc.* Confieso que no entiendo bien qué diferencia hay entre casados solo y casados y velados, pues juzgo que cuando me casé me velé, y cuando me velé me casé.

*Ab.* ¡Hombre, un escribano está en esa ignorancia! Casado es cualesquiera que contrae esponsales de presente delante del párroco y testigos sin recibir las bendiciones de la Iglesia.

*Esc.* Ya lo entiendo: la equivocacion mia estaba en que sabe vmd. que cuando no se va á la iglesia se llaman desposados en esta tierra, y casados cuando se reciben las bendiciones de la Iglesia.

*Ab.* Bien dicho está desposados de presente, pues eso es casarse, y cuando hay bendiciones velarse.

*Esc.* Lo entiendo, vamos á otra ley.

## LEY XLVIII.

*Mandamos que de aqui adelante el hijo ó hija, casándose y velándose se hayan para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el cual sea obligado á se lo restituir, sin le quedar parte del usufructo de ellos.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Ya sabes la diferencia de bienes en profecticios y



adventicios castrenses y cuasi castrenses, y que el usufructo de los adventicios de los hijos de familias corresponde al padre, pues esta ley en consecuencia de la anterior, en la la que manda que el hijo casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas, añade el que no solo sea dueño de los bienes adventicios en propiedad y usufructo, que como emancipado adquiere en lo sucesivo, sino que el padre sea obligado á darle el usufructo de los bienes adventicios que antes del matrimonio ya habia adquirido el hijo.

*Esc.* Supuesto que el padre es dueño del usufructo de los bienes adventicios del hijo antes de casarse y velarse pregunto: y si á un hijo de familia se le hubiese dejado el usufructo de una cosa, ¿á quién pertenecerá, al padre ó al hijo?

*Ab.* Si el usufructo fue dejado por contemplacion del padre, en este caso todo se adquiere para el padre por ser de los bienes que se llaman profecticios; pero si fuesen adventicios, ó porque consta ser dejado el usufructo por contemplacion al hijo, ó porque se ignoró que sea dejado por contemplacion del padre, en este caso el usufructo, esto es, el *jus utendi et fruendi* se adquiere para el hijo, y la comodidad para el padre; de modo que por la muerte del hijo, como dueño del *jus utendi et fruendi*, espira aun cuando viva el padre; y si se casase y velase, pasa la comodidad del usufructo á él segun esta ley nuestra de Toro; lo contrario si fuese dejado el usufructo por contemplacion del padre, en cuyo caso adquiriéndole todo el padre como si fuesen bienes profecticios, ni espira por la muerte del hijo, ni pasa á él por el matrimonio y emancipacion.

*Esc.* Y si el hijo casándose y velándose no se atreviere á pedir al padre los bienes adventicios, y quedase con ellos, ¿podrá pedirlos despues al mismo padre, ó sacar de la herencia antes de partir con los hermanos como un acreedor de bienes el importe del usufructo de los adventicios que el padre retuvo en su poder despues del matrimonio del hijo, ó se entenderá remitido y perdonado?

*Ab.* Puede pedir el usufructo de los bienes adventicios,

y no se entiende por el hecho de no pedirlos antes que los perdona.

*Esc.* Pues antes me ha dicho vmd. que si el padre calla y deja al hijo percibir el usufructo de los bienes adventicios se entiende remitido, y aun mas que no se debia traer á colacion en la particion de los bienes con los hermanos: con que si el padre permitiendo al hijo la percepcion del usufructo de los bienes adventicios, cuando le corresponde se hacen del hijo, parece que lo mismo se habia de decir del usufructo que el hijo permite percibir al padre despues de casado y velado, que ya le corresponde de los bienes adventicios.

*Ab.* La razon de diferencia está en que en el hijo el respeto reverencial escluye la presuncion de que los dona al padre; y asi la ley que vamos comentando impone al padre la obligacion de restituirlos, lo que no hay en el padre respecto del hijo, á quien permite la percepcion del usufructo de los bienes adventicios por el tiempo que le correspondia.

*Esc.* Me hago cargo de la diferencia; y dígame vmd. si el hijo de familias tuviese un mayorazgo de parte de la madre difunta antes de casarse y velarse, ¿corresponderá al padre el usufructo del mayorazgo?

*Ab.* Al padre corresponde el usufructo del mayorazgo por el tiempo que el hijo esté sin casar ni velar, á no ser que el mayorazgo haya sido por donacion Real hecha al hijo, en cuyo caso como bienes castrenses todos corresponden al hijo; pero en las siguientes sucesiones ya no tienen la cualidad de castrenses respecto de los sucesores, y sí solo respecto aquel hijo á quien se hizo la Real donacion; y asi todo mayorazgo que el hijo tenga, ó en que suceda por la línea materna, aun cuando su origen y principio haya sido de Real donacion, el usufructo por el tiempo que el hijo está sin casar ni velar corresponde al padre como el de los demas bienes adventicios.

*Esc.* Pregunto: ¿y el hijo que se hace clérigo adquiere el usufructo de los bienes adventicios.

*Ab.* No, ni de los que tenia antes del clericato ni los



de despues, porque no sale de la potestad; y asi la ley de la Partida 1, que es la 3 del título 21, se entiende de los bienes en que el padre no tiene el usufructo, como son los adquiridos *intuitu Ecclesiæ*.

*Esc.* ¿Y cuando el padre tiene el usufructo de los bienes adventicios del hijo necesita licencia ó decreto del juez para administrar los bienes?

*Ab.* No, que es legítimo administrador, y puede por sí comparecer en juicio en defensa de ellos, demandar por ellos, escepcionarse si fuese demandado &c., segun consta de la ley 5 in fi., tit. 17, Partida 4. Y segun opiniones puede por justa causa sin decreto del juez enagenar las cosas inmuebles del hijo menor; pero yo te digo que á todos los que quieran comprarlas los aconsejes no lo ejecuten sin que se haya conseguido decreto y autoridad judicial: lo cierto es que la prohibicion de enagenar las cosas inmuebles de los menores sin decreto judicial, es absoluta y general sin escepcion, y no hay ley que espresamente dé al padre, aunque legítimo administrador, la facultad de enagenarlas sin decreto: con que las opiniones no tienen fuerza de ley, ni son bastante para que el juez que sentenciase, si no le parecian fundadas, las siguiese contra su dictamen, porque varios autores que la siguen digan que es comun: ademas la opinion que llaman comun supone que ha de ser con causa justa y necesaria la enagenacion: con que ¿quién le manda al comprador esponerse á seguir despues un pleito sobre si la causa fue justa y necesaria la enagenacion ó no? y asi lo mejor es que acudan al juez, quien sin la informacion de utilidad no dará la licencia para la venta.

*Esc.* Pues podemos pasar á otra ley, que yo no tengo que preguntar mas en esta.

## LEY XLIX.

*Mandamos, que el que contrajere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo hecho él y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos incurran en perdimiento de todos*

*sus bienes, y sean aplicados á nuestra Cámara, y sean desterrados de nuestros reinos, en los cuales no entren so pena de muerte; y que esta sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar si quisieren á sus hijos que el tal matrimonio contrajeren: lo cual otro ninguno no pueda acusar sino el padre, y la madre muerto el padre.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Esta ley fue promulgada antes del concilio de Trento, pues es del año de 1505, y el concilio de Trento se principió el año de 1545, y se concluyó el de 1563. Antiguamente los matrimonios clandestinos, aunque siempre los detestó la Iglesia eran válidos; y nuestra ley para evitar los daños que de ellos se seguian impuso penas á los contrayentes, y á los que intervenian en el tal clandestino matrimonio; pero hoy despues del concilio de Trento los matrimonios clandestinos no son válidos, habiéndolos anulado el santo concilio.

*Esc.* ¿Y qué matrimonios son clandestinos?

*Ab.* Hoy se diria matrimonio clandestino el que se hiciese sin la presencia del cura párroco y testigos, el que en la realidad hoy no es matrimonio; pero todo el que sea hecho *coram parocho et testibus* es válido, y no es clandestino.

*Esc.* ¿Y si se hiciese algun matrimonio hoy clandestino incurrirán en la pena de esta ley?

*Ab.* A la verdad que se puede negar el supuesto, pues no hay matrimonios que la Iglesia llame clandestinos, porque cesaron los que antes llamaba clandestinos: en el dia se pueden llamar civilmente clandestinos los que se contraen contra el racional disenso de los padres, y quienes le contraen incurren no en la pena de esta ley, sino en la que prescribe la pragmática de matrimonios del año de 1776.

*Esc.* ¿Y en que penas incurren los que hoy casan contra el racional disenso de los padres?

*Ab.* Inserta para saberlo á la letra los capítulos 3, 4 y 5



de la citada pragmática que contienen las penas: dice asi:

3. „Si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento, por el mero hecho, asi los contrayentes como los hijos y descendientes de tal matrimonio, queden inhábiles, y privados de los efectos civiles, como son: el derecho á pedir dotes ó legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta pragmática; y se declara por justa causa de exheredacion esta contravencion ó ingratitud, para que no puedan pedir en juicio, ó alegar de inoficioso ó nulo el testamento de sus padres ó ascendientes, quedando estos en el libre arbitrio y facultad de disponer de los bienes á su voluntad, sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos."

4. „Se declara asimismo quedan privados del goce y sucesion respectiva de vínculos, patronatos y derechos perpetuos de la familia que poseyeren, ó á que tuvieren derecho de suceder; y asi ellos como sus descendientes sean y se entiendan postergados en el orden de los llamamientos, de modo que pasando el siguiente en grado, en quien no se verifique igual contravencion, no puedan suceder hasta la estincion de las líneas de los descendientes del fundador, ó personas en cuyas cabezas se instituyeron los vínculos ó mayorazgos."

5. „Si el contraventor fuese el último de los descendientes pasará la sucesion á los transversales, segun el órden de sus llamamientos, sin que puedan suceder los que contravinieren, y sus descendientes de aquel matrimonio, sino en último lugar, y cuando se hallen estinguidas las líneas de los transversales; bien que por esta declaracion no se priva á los contraventores de los alimentos correspondientes."

*Ab.* Ahora es preciso que traslades un real decreto de 1790, que declara los capítulos tercero y cuarto de la pragmática del año de 1776 con motivo de que Don Pedro Egea, vecino de Lorca, contrajo matrimonio con Doña María de los Dolores Molino en 21 de julio de 1780

sin preceder el consejo ni noticia de los padres de ella: el corregidor la declaró incursa en las penas de la pragmática: la chancillería de Granada confirmó esta sentencia, y tambien la aprobó el Consejo. Don Pedro acudió al Soberano con la solicitud de que se declarase no comprender á su muger las dichas penas; y S. M. espidió un decreto, en que, despues de referir estos antecedentes, dice asi:

»He reflexionado la dureza y repugnancia que trae »consigo el que por la inconsideracion, ó contravencion tal »vez inadvertida de una determinada persona, se castigue »á toda una generacion futura que pueda derivarse de ella, »por la cual claman los vínculos de la naturaleza, resul»tando ademas los visibles inconvenientes que de ello pue»den originarse en las sustituciones y llamamientos á vín»culos, patronatos y otras fundaciones semejantes, en los »que como en el caso presente se invertiria todo el orden »prescrito por los fundadores; y teniendo presente que la »mencionada real pragmática y todas las demas leyes no »obligan, ni deben obligar, sino despues de su solemne pu»blicacion, porque regularmente, como en este caso no son »retroactivas, sino dispositivas para lo venidero, y que »por lo mismo no puede dicha pragmática obrar en los ac»tos y disposiciones anteriores á su promulgacion, ni des»truir las disposiciones legales, y las voluntades manifesta»das en sus llamamientos por los fundadores de vínculos y »mayorazgos en cuanto al orden de suceder dispuesto por »ellos mismos, cómo autorizados para estos actos por la »legislacion que les dió esta facultad: conformándome con »el parecer de mi suprema junta de Estado, he venido en »declarar, como declaro, el capítulo 4 de la citada real »pragmática sobre este propio concepto, asi en el caso de »Don Pedro Egea y Doña María de los Dolores, su mu»ger, en que ha de quedar sin efecto lo determinado por »el Consejo y por el corregidor de Lorca, como en to»dos los demas de esta naturaleza; pero entendiéndose úni»camente por lo tocante á los vínculos, patronatos y ma»yorazgos fundados, ya por personas particulares con au»toridad de las leyes ó facultad real, y antes de la pu»blicacion de la pragmática; mas no con los que estén fun»dados por la corona, ó con bienes dimanados de ella, ni »con aquellos que los particulares fundaren en adelante. Y »teniendo tambien presente que en el capítulo tercero de la »propia pragmática se dispone que así los que contrajeren »matrimonio sin dicho consentimiento ó consejo, como sus »hijos y descendientes que provinieren de tal matrimonio que»den privados de todos los efectos civiles que pudieran per»tenecerles por razon de dote, legítima y derecho de suce»sion en los bienes libres, como herederos forzosos de sus »padres ó abuelos, declaro y mando asimismo, conformán»dome igualmente con el dictámen de dicha junta de esta»do, que se entienda y deba entender en adelante dicho ca»pítulo tercero, en el caso de que los padres ó abuelos, sin »cuyo consentimiento contrajeron el matrimonio, ó le cele»braron contra el racional disenso de éstos, los exheredaren, »ó privaren espresamente de la sucesion ó derecho á pedir »dichos efectos civiles, ó bienes libres, por no haber pedi»do el consentimiento para contraer matrimonio, ó por ha»berle contraido contra el disenso racional; de modo que no »bastará lo dispuesto en la pragmática para que queden pri»vados de los referidos efectos civiles, sino interviene tam»bien la exheredacion ó privacion de los efectos civiles, de»clarada espresamente por los padres ó abuelos, como pena »de haber faltado á un respeto tan debido.”



*Esc.* Sigamos á la ley cincuenta.

## LEY L.

*La ley del Fuero, que dispone que no pueda el marido dar mas en arras á su muger de la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar; y si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde y ejecute; y si algun escribano diere fe de algun contrato en que intervenga renunciacion de la dicha ley, mandamos que incurra en perdimiento del oficio de escribanía que tuviere, y de allí adelante no pueda mas usar de él, sopena de falsario.*

*Esc.* Esta ley es necesario no olvidarla, pues habla con los escribanos, é impone pena por su transgresion: para no contravenir á ella es preciso saber primero qué son arras.

*Ab.* Arras se dice aquello que se da de parte del esposo á sus parientes ó la esposa en señal del matrimonio: es preciso que espresamente se diga que se da en señal del matrimonio futuro, porque si se diese sin decir que es en señal del matrimonio, no serán arras: los efectos son de que el que da las arras si no se verificase el matrimonio, y estuviese por él el que no se verifique, pierde lo que dió; y si estuviese por el otro contratante, debe devolverlos dobles. Esta donacion en signo de matrimonio futuro es lo que en rigor se llaman arras, y esta ó cualquiera donacion que se hace á la esposa de parte del esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza, se puede hacer antes del matrimonio, como no esceda de la décima parte de los bienes del esposo, segun esta ley y la del Fuero.

*Esc.* ¿Y esta ley está hoy en práctica.

*Ab.* Hay otra mas moderna, que es la primera del lib. 5, tít. 2 de la Recopilacion, que espresamente prohibe el que los que se casan den á sus esposas en joyas, vestidos, ni otras cosas algunas, mas de lo que importa la octava parte de la dote que llevaren.

*Esc.* Pero qué ¿á la muger que no lleva dote y es pobre no se la puede dar cosa alguna por el marido?

*Ab.* En caso de que haya desigualdad de circunstancias, edad &c., en premio de nobleza ó virginidad podrá dársele á la esposa la donacion remuneratoria ó arras que quiera el esposo, como no esceda de la décima de sus bienes, segun esta ley, que es la segunda del mismo título; de cuya colocacion posterior á la segunda se infiere que la espresion *otra cosa alguna* no se entienden las arras, pues estas han de tener consideracion al valor de los bienes del esposo, y no de la dote de la esposa.

*Esc.* Y si el esposo hubiese dado arras segun esta ley que no escedan de la décima parte de sus bienes, y segun la ley 1 la hubiese dado joyas, vestidos &c., que no escedan de la octava parte de la dote, ¿ganará la muger uno y otro disuelto el matrimonio?



*Ab.* No: sino que podrá escoger una de las dos cosas, como se dirá mas adelante en la ley 52.

*Esc.* ¿Con qué la pena del escribano no está en que se mande en escritura ante él mas de la décima parte, sino en que se renuncie la ley del Fuero que prohibe dar mas en arras?

*Ab.* Es lo cierto: que la pena del perdimiento de oficio le está impuesta por la renuncia que autorice, no porque se mande mas en arras de lo que la ley permite, pues aunque mas se mande, nunca vale; ni al escribano le corresponde saber si lo que el esposo manda escede ó no de la décima de sus bienes: sigamos á la ley 51.

## LEY LI.

*Si la muger no hubiere hijo del matrimonio en que interviniere promision de arras, y no dispone espresamente de las dichas arras, que las haya el heredero ó herederos de ella, y no el marido, ora la muger haga testamento ó no.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley está terminante de que las arras disuelto el matrimonio por la muerte de la muger pasan á los herederos, y no al marido que las dió, de que se infiere que si se disolviese por la muerte del marido serán de la muger como la dote y mitad de gananciales.

*Esc.* Supongo que si tienen hijos, ¿serán los herederos?

*Ab.* Supones bien, y lo que la ley dice es que caso que no tengan hijos de aquel matrimonio sucederán los demas hijos, ó sus padres, y si no cualquiera heredero, tanto en testamento como abintestato.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y la muger que despues de muerto el marido vive lujuriosamente pierde las arras?

*Ab.* Pierde las arras y cualquiera donacion que haya

recibido del marido, segun lo dispone la ley 7, tít. 12, lib. 3 del Fuero de las leyes; y segun la ley final, tit. 4, lib. 5 del Ordenamiento pierde los gananciales que haya adquirido constante el matrimonio, y se aplican á los herederos del marido.

*Esc.* Pues sigamos á otra ley, que en esta no me ocurre que preguntar.

## LEY LII.

*Cualquiera esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane, si el esposo la hubiere besado, la mitad de todo lo que el esposo le hubiere dado antes de consumado el matrimonio, ora sea preciso ó no: y si no la hubiere besado, no gane nada de lo que le hubiere dado, tórnase á los herederos del esposo: pero si cualquiera de ellos muriere despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados le hubo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio; pero si arras hubiere, que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos, ella muerta, tomar las arras, ó dejarlas, y tomar todo lo que el marido le hubo dado siendo con ella desposado: lo cual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y si no escogiere dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Supuesto de que esta ley dice que la esposa, suelto el matrimonio, gane lo que el esposo la hubiese dado, la mitad si solo la hubiese besado, y todo si el matrimonio fuese consumado, y nada en caso de que no haya sido besada, ni el matrimonio consumado, es forzoso saber las clases de donaciones que suelen intervenir entre los que se quieran casar ó se casan: una de las donaciones es la que se llama arras, de que ya hemos tratado, las que en caso de que intervengan y ademas otras donaciones es en arbitrio de la muger ó sus herederos escoger las arras ó las donaciones.

*Esc.* ¿Con qué en una palabra arras y otras donaciones ademas no pueden percibir las mugeres ó sus herederos disueltos los matrimonios?



*Ab.* Bien terminante está en esta ley, y has de tener presente que si escogen las arras, estas no pueden esceder de la décima parte de sus bienes, y sí las demas donaciones que la hubiese hecho, no pueden esceder de la octava parte de lo que montan la dote que llevó al matrimonio, segun llevamos anteriormente dicho.

*Esc.* ¿Y cómo se llaman las otras donaciones que suelen intervenir entre los esposos ademas de las arras?

*Ab.* Hay unas donaciones que se llaman *sponsalitia largitas*, y es una donacion que se hace entre los esposos por causa del matrimonio que se ha de contraer, siendo el matrimonio el por qué ó la causa final de las tales donaciones: en una palabra, todo lo que se dan los esposos por causa del matrimonio futuro, sean joyas, vestidos &c., y cuanto se dé por el esposo á la esposa por la citada causa, que siempre se supone, no siendo las arras, todo lo demas está comprendido en el nombre de *sponsalitia largitas*, y de todas estas donaciones son de las que habla la ley.

*Esc.* ¿Y si el matrimonio no se verificase?

*Ab.* En este caso como el fin fue por causa del matrimonio, si el donante no ha dado causa á que no se verifique debe recobrar lo que dió; pero si por su culpa está el que el matrimonio no se verifique, sea el esposo ó la esposa, pierden lo que hayan dado.

*Esc.* Pues supongamos que no se verificó por muerte de uno de ellos, ó por una justa causa á que ninguno ha dado motivo, v. gr., porque salieron parientes en grado prohibido que habian ignorado uno y otro.

*Ab.* En estos casos si la donacion fue de la esposa al esposo tiene que volver la donacion; pero si fuese de él á ella, parece que se debe hacer distincion, ó la habia besado ó no, en el primer caso ganará la mitad, y nada en el segundo.

*Esc.* ¿Cómo dice vmd. que parece? Pues qué ¿no está terminante la ley?

*Ab.* No señor: la ley dice que disuelto el matrimonio,

con que se supone que ha de haber matrimonio.

*Esc.* ¿Pues no dice esposa de presente ó de futuro?

*Ab.* Sí que dice que lo que se haya dado á la esposa, ó sea cuando lo era de presente, ó solo cuando de futuro, y sigue diciendo, *suelto el matrimonio*; con que es claro de que no habla del caso de que los esponsales no se verifiquen; pero por identidad de razon, supuesto de que es lo mismo lo que la muger perdió, y que no es en culpa suya que el matrimonio no se verifique, parece debe ganar la mitad, lo mismo que en el caso que se hubiere disuelto el matrimonio sin consumarse.

*Esc.* ¿Con qué si interviniese cópula, tambien por identidad de razon ganará todo lo que el esposo la hubiere dado?

*Ab.* Antes del concilio de Trento, en que los esponsales de futuro se reducian á matrimonio de presente, por la cópula ganaba todo; pero hoy despues del concilio no hay la misma razon: hoy antes de contraer *coram parocho et testibus*, la cópula entre los esposos, porque no hace matrimonio, es criminal; y porque la muger no reporte cómodo de su delito, la ley no la da á ganar las donaciones sin matrimonio, porque la ley dice: *pero si despues de consumado el matrimonio cualesquiera de ellos muriere*; con que es claro que el ganarlo todo es porque se verificó en el todo el fin de la donacion; y así aunque esta ley no habla de las donaciones hechas por la esposa á los esposos, lo mismo se ha de entender; pues si se ganan por los maridos consumando el matrimonio, es porque se verificó el fin por qué la donacion se hizo, ley 3, tít. 11, Partida 4.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo verificado el matrimonio, aunque no se consumase, parece que debian de ganar tanto el esposo como la esposa las donaciones?

*Ab.* Eso es lo que ha declarado esta ley; esto es, que las donaciones hechas entre los esposos, y en ella en especial las hechas á las esposas por causa del matrimonio, que no tengan efecto hasta que este se consume, y solo sí dándolas la mitad en el caso de que sean besadas, lo que no es concedido á los esposos, pues no ganan estos aunque ha-



ya intervenido beso, hasta que se verifique la consumacion del matrimonio, en que como verificada la condicion ó causa final de la donacion, tanto el esposo como la esposa ganan las donaciones.

*Esc.* Lo entiendo, y que la muger tiene eleccion, en el caso de haber arras, á escoger disuelto el matrimonio consumado: pero pregunto, ¿si el matrimonio no fuese consumado, ganará la esposa la mitad de las arras por solo el ósculo, ó tendrá eleccion en el caso de intervenir joyas?

*Ab.* Solo hay la eleccion en el caso de que el matrimonio sea consumado, hasta cuyo caso no se llama muger, y sí solo esposa de presente.

*Esc.* Con que para que se verifique lo que vmd. llama *sponsalitia largitas*, ó por mejor decir, para que la muger gane por el beso la mitad de la donacion, y toda por la consumacion del matrimonio, es preciso de que la donacion sea hecha antes de consumado el matrimonio.

*Ab.* Sí: porque siendo despues, ya se dirá donacion *inter virum et uxorem*, y de esta no habla la ley, pues espresamente dice lo que el esposo la hubiese dado antes de consumarse el matrimonio.

*Esc.* ¿Y cuáles son las donaciones que se llaman *inter virum et uxorem*?

*Ab.* Donacion *inter virum et uxorem* es toda simple donacion que se haga por el marido á la muger, ó por la muger al marido, despues de consumado el matrimonio: estas donaciones están prohibidas.

*Esc.* ¿Y por qué están prohibidas?

*Ab.* Por evitar de que á causa del mutuo amor el consorte mas sagaz, y que menos ama, despoje al otro de sus bienes.

*Esc.* ¿Con qué de estas donaciones no habla la ley 52?

*Ab.* La donacion que se hace entre marido y muger, esto es, despues de consumado el matrimonio, si es donacion simple y sin causa, y entre vivos, no vale; pero si es no simple, sino remuneratoria, valdrá en aquella parte que sea justa remuneracion, y deje de ser mera liberalidad, como si un viejo plebeyo ha casado con una donce-

lla noble &c., *propter virginitatem, juventutem aut nobilitatem*, que en este caso siendo moderada valdrá por ser remuneratoria, y no simple donacion; pero de esta vuelvo á decir que no habla nuestra ley por ser donacion despues de consumado el matrimonio.

*Esc.* Yo no entiendo qué es donacion *mortis causa*, y qué es donacion *inter vivos*.

*Ab.* La donacion *inter vivos* es la que se hace en vida pasando el dominio y posesion de la cosa á á quien se hace la donacion, y vale desde el instante que se hace: esta es la que sin causa y de pura liberalidad, que es lo que rigurosamente es donacion, no vale entre marido y muger: *ne mutuo amore, se expolient*: donacion *mortis causa* es la liberalidad que se hace para despues de los dias de la vida del donante: la primera no se puede revocar, la segunda como que no tiene efecto hasta despues de la vida, en toda ella puede el donante revocarla, y por lo mismo esta donacion *mortis causa*, como es para despues de la vida, en toda ella se puede revocar, y no habiendo el peligro que por ella los esposos *mutuo amore se expolient*, está permitida entre marido y muger.

*Esc.* Me parece que lo entiendo; ¿pero la donacion simple *inter vivos* entre marido y muger no valdrá lo menos como donacion *mortis causa*, si permaneciese el donante toda la vida en aquella voluntad?

*Ab.* De modo que si muere sin revocarla tácita, ni espresamente, se confirma con la muerte, y es una donacion *mortis causa*.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo valdrá si no se revoca como donacion *mortis causa*?

*Ab.* La simple donacion *inter virum et uxorem* valdrá como donacion *mortis causa*, si el donante muere primero que el donatario, y ni espresa ni tácitamente por algunas probables conjeturas la revocase, la ley 4, tít. 11, Partida 4.

*Esc.* Dejemos estas donaciones de que no habla la ley, y volvamos á las que la ley concede á la esposa la mitad por el ósculo, y todas verificado el matrimonio consumado: dígame vmd. ¿si el matrimonio fuese nulo tendrá



lugar lo que en dicha ley se dice de ganar la mitad por el ósculo, y todo por la cópula?

*Ab.* Estas donaciones tienen por fin el matrimonio: con que si este no se verifica, sea porque fuese nulo, sea por otra cosa, no parece tenemos el caso de la ley, y asi siempre que el donante esté ignorante del impedimento debe recobrar lo donado; pero en el caso de que fuese sabedor del impedimento no debe cobrar la donacion hablando por punto general: en sustancia esta ley no habla del matrimonio nulo, sino de matrimonio válido, pues dice disuelto: no falta autor que diga que lo mismo que se dice del matrimonio válido disuelto por la muerte se debe entender del matrimonio putativo contraido de buena fe, que se declara nulo por el impedimento que se descubra, y no deja de ser fuerte la razon de conveniencia que hay en cuanto á los demas efectos de legitimacion de hijos &c. entre el matrimonio válido, y el putativo contraido de buena fe por los esposos.

*Esc.* Pero quisiera saber su opinion de vmd.

*Ab.* Lo que puedo decir es que esta ley no habla sino de matrimonios verdaderos, y lo que la ley no dice no debemos decir.

*Esc.* ¿Pero por identidad de razon no se debe ó puede estender?

*Ab.* La dificultad está en la identidad de razon, si hay la misma en un caso que en otro; vamos á verlo: enterémonos en la razon de la ley. En primer lugar esta ley y la 3, tít. 11, Partida 4 no conceden á los cónyuges el todo de la donacion sino despues de verificado el fin por qué se hizo, antes bien declaran que no tenga efecto en el todo, sino despues de consumado el matrimonio en qué se verificó el fin: con que si el matrimonio fue nulo, aunque de buena fe, siempre faltó el fin que se propuso el donante en la donacion, y no habiendo culpa en él no parece justo el que *præter intentionem* valga su donacion. ¿No será chasco para una muger que hubiese hecho una donacion á su esposo, y luego despues de consumado el putativo matrimonio por un impedimento que resultase se quedase sin marido y sin las cosas donadas?

*Esc.* Sí que seria chasco y grande; pero por lo mismo que se lleva chasco de quedar sin marido, cuando á ella fuese hecha la donacion ¿deberia quedarse con ella?

*Ab.* ¿Y el pobre marido en qué lo habia pecado, para demas de quedarse sin muger el que se quedase sin las cosas donadas y contra su intencion y voluntad? En fin la ley no lo dice, ni hay razon para que nosotros entendamos la ley que sea estensiva la validacion de estas donaciones al matrimonio consumado, caso de que sea nulo.

*Esc.* Convengo muy bien con que supuesto de que por el matrimonio consumado, lo mismo la muger que el marido ganan la donacion de que vamos hablando, porque se verifica el fin de la donacion, no verificándose en el matrimonio nulo de buena fe contraido no valgan las donaciones en el todo; pero vamos á ver si deberán valer, esto es, si la muger deberá ganar la mitad por el beso que es el caso de esta ley, en que no obstante de que no se verifique la consumacion del matrimonio se la concede la mitad á la esposa y no al esposo.

*Ab.* A la verdad que aqui ya hay mas identidad de razon, supuesto de que la ley concede á la muger por lo que pierde en el juicio comun por el ósculo la mitad, pues se le concede aun no verificada la consumacion del matrimonio, prescindiendo de la voluntad del donante; en este caso yo hallo alguna mas identidad de razon con el fin de la ley, y asi no tendré reparo en estenderla á la mitad de la donacion por el ósculo, asi como no le tuve en estenderla en el caso de que la esposa de futuro sin verificarse el matrimonio fuese besada por el esposo de que espresamente tampoco habla la ley, pues dice disuelto el matrimonio, y ni en uno ni otro caso hay matrimonio.

*Esc.* Con que en sustancia, segun la opinion de vmd., en el caso de ser el matrimonio nulo, aunque contraido de buena fe, ni el hombre ni la muger ganan el todo de las donaciones por la cópula; pero sí la muger la mitad por el ósculo, no el todo por no ser el primer caso de la ley ni haber la identidad de razon, sí la mitad en el segundo, porque aunque no hable espresamente de él la ley, hay la



identidad de la razon que la ley tiene para conceder á la muger la mitad por el ósculo.

*Ab.* Asi opino, como el que la esposa de futuro ó de presente que antes de consumado el matrimonio entrase, como puede, en religion, gana por el ósculo la mitad, no obstante de que en un caso no se verificó el matrimonio, y en el otro se disolvió ó no se verificó por la condicion tácita de entrar en religion; pero hay la identidad de razon que es lo que en el juicio comun pierde por el ósculo, si el esposo la hubiere besado, y las razones que da la ley de Partida.

*Esc.* En caso de entrar en religion está en voluntad de la muger en que deje de verificarse el matrimonio, ¿con qué parece que no solo debia ganar la mitad, sino que deberia perder la donacion que ella hubiese hecho al esposo?

*Ab.* Es cierto que pierde la muger la donacion que ha hecho al hombre, si por ella estuviese el que el matrimonio no se verifique; pero has de entender cuando estuviese por ella culpable ó criminalmente ó sin justa causa, pero no cuando estuviese en su justa y racional voluntad y con causa, cual es la de entrar en religion, en cuyo caso no solo no pierde lo que dió, sino que gana por el ósculo la mitad que el esposo la hubiese dado.

## LEY LIII.

*Si el marido y la muger durante el matrimonio casaren algun hijo comun, y ambos le prometieren la dote ó donacion* propter nuptias, *que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio: si no los hubiere que basten á la paga de la dicha dote y donacion* propter nuptias, *que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenecieren en cualquier manera; pero si el padre solo durante el matrimonio dota ó hace donacion* propter nuptias *á algun hijo comun, y de tal matrimonio hubiere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere; y si no las hubiere que la tal dote ó dona-*

*cion* propter nuptias *se pague de los bienes del marido, y no de la muger.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley nos da ocasion á tratar de las dotes, donaciones *propter nuptias*, y de las ganancias ó bienes gananciales del matrimonio.

*Esc.* ¿Qué es dote?

*Ab.* Dote es lo que se da ó promete de parte de la muger al marido por razon de matrimonio, para ayudar á sostener sus cargas y obligaciones, de modo que sin matrimonio no se da dote.

*Esc.* ¿Con que hay dote dada y dote prometida?

*Ab.* Sí, porque unas veces se da sin preceder promesa, y otras se promete antes de dar: se puede prometer la dote por la misma muger, por el padre, por los parientes ó por cualquiera estraño, de modo que sea por quien sea hecha al marido la promesa por causa del matrimonio siempre será dote prometida.

*Esc.* ¿Y la dote se ha de prometer antes del matrimonio?

*Ab.* Puede prometerse y constituirse antes ó despues: es terminante la ley 1, tít. 11 de la Partida 4, y por lo mismo, segun la ley 12 de la misma Partida y título, si se señalase tiempo para la entrega, v. gr. dentro de un año, no empieza á correr el término hasta el dia que se contrae el matrimonio.

*Esc.* ¿Y si en la dote prometida por el padre ó parientes ó estraño á cierto tiempo, v. gr. al año, pasase este sin haberse entregado al marido, en cuyo tiempo supongo tiene accion para pedirla al que la prometió, esta accion de dote prometida será hipotecaria contra los bienes del que la prometió?

*Ab.* Sí que el marido tiene accion hipotecaria contra los bienes del que prometió la dote, segun la ley 23, título 13, Partida 5; pero con la advertencia de que aunque la accion sea hipotecaria no tiene prelacion á los demas



acreedores, como tiene la muger y los herederos para la repeticion de la dote contra los bienes del marido.

*Esc.* Dígame vmd. ¿si un padre prometió á una hija cuando casó darla dote, sin espresar cierta cantidad, qué cantidad deberá dar en dote?

*Ab.* De modo que si ha casado otras hijas ú otros hijos deberá dar la misma cantidad que haya dado á los hijos ó con que haya dotado á las otras hijas; y si fuere la primera que casa deberá dar lo que se regule dote correspondiente al estilo del pais, segun las circunstancias de las personas y sus caudales.

*Esc.* Pregunto: ¿y si el padre prometió cierta cantidad en dote, y la hija tiene bienes de su madre, será obligado el padre á dar la dote de sus bienes, ó cumplirá con pagarla de los bienes de la hija?

*Ab.* Siempre que el padre no esprese que la dote que ofrece es de los bienes de la hija, se entiende obligado á pagarla de sus bienes, porque es de obligacion de los padres, generalmente hablando, el dotar á las hijas: la ley 9, tít. 11, Partida 4.

*Esc.* ¿Y la muger casada puede tener mas bienes que los dotales? esto es, todos los bienes que la muger llevó al matrimonio, y los que despues adquiera ¿son bienes dotales?

*Ab.* Tres son las clases de bienes que podia tener la muger casada: dotales, que son los que espresamente se dan en dote al marido, en los que constante el matrimonio tiene el dominio, y puede en su nombre administrar y ejercer todas las acciones: otros se llaman parafrenales, que son los que la muger tiene ademas de los dotales; pero que ha concedido tácita ó espresamente la administracion al marido, y no tiene el dominio, sino solo la administracion, y puede pedir y defenderse en nombre de la muger sin mandato como procurador. Hay otros bienes que son los que la muger rige y administra separadamente, sin que hayan dádose en dote ni entregado tácita ni espresamente al marido la administracion: en estos ningun derecho tiene el marido por sí; pero como conjunta persona puede pedir y es-

cepcionarse dándola caucion de rato. Hoy por la ley 55 de Toro, que verás en llegando á ella, en ningunos bienes puede la muger hacer ni contratar sin licencia del marido; de modo que en todos viene á ser un legítimo administrador el marido. La dote prometida sepas no pasa su dominio al marido hasta la entrega.

*Esc.* La dote entregada, si la dió padre, pariente ó estraño, esto es, que no fue de bienes de la muger, disuelto el matrimonio, ¿á quién se debe restituir, al que la dió ó á la muger?

*Ab.* Antes por derecho comun habia diferencia entre la dote dada por el padre á la hija en potestad, ó á la emancipada; pero hoy despues de la ley 47 de Toro, en que los hijos é hijas casados son en todo habidos por emancipados, sea la dote dada por quien fuere se debe restituir á la hija, y esta es la que tiene la accion para repetirla, y muerta ella sus herederos.

*Esc.* ¿Y en el tiempo de su matrimonio estará obligado el marido á mantener la muger si no se le da la dote prometida?

*Ab.* Los que estan empeñados en que suframos las decisiones del derecho romano como si fuese patrio, aseguran, porque aquellas leyes lo quisieron, que el marido, á quien el padre no da la dote prometida, no está obligado á mantener la muger, y que puede espelerla y echarla de casa: de modo que estos autores (prescindiendo de su literatura y juicio fuera de estos casos) prefieren la ley romana á la razon, y se puede decir que al evangelio *quod Deus conjunxit, homo non separet*; estaria bien que si hubiese ley de España que lo dijese pudiesen asegurar los autores, que en el Fuero esterno podia el marido separar á la muger; pero no habiéndola, y no pudiendo el marido separarse de la muger, ¿por dónde cabe en juicio alguno que nuestra jurisprudencia se haya de conformar antes con las leyes romanas que con el evangelio y la razon? y asi digo que siempre que el matrimonio sea válido, y que el error de parte del marido, segun la sana doctrina de los moralistas católicos, no anule el matrimonio por defecto de consen-



timiento, el marido sea pobre, sea rica la muger, dénle la dote prometida, no se la den, no puede separarse de ella, tiene obligacion á mantenerla como parte del matrimonio de que él es cabeza, y tiene las acciones que las leyes les conceden para pedir en juicio contra el padre ó promitente, no solo la dote, sino tambien los frutos ó intereses correspondientes á los alimentos de todo el tiempo que pase sin entregar la dote prometida y pedida desde cuando nació en el promitente, padre, pariente ó estraño la obligacion á entregarla; digo que es contra razon, porque ¿cuál puede ser justa para que la muger inocente sufra la pena de la culpa que no tiene?

*Esc.* Pues supongamos de que le engañaron y ofrecieron lo que no pueden pagar, porque ya entiendo que pudiendo pagar aunque no quieran, puede el marido pedir en juicio, que para esto hay jueces, y no se le cargue con la pena á la muger, que es la primera que querria se entregase á su marido la dote prometida.

*Ab.* En ese caso de que el promitente no tiene con qué, que no se dejase engañar el marido. Siempre que el engaño no sea de aquella clase, cuyo error escluye el consentimiento, y hace el matrimonio nulo segun sanas doctrinas, no puede de modo alguno separar de sí á la muger, y remitirla á su padre, por mas que las leyes romanas y los autores siguiendo sus doctrinas lo digan; y asi, supuesto que el matrimonio no sea nulo, cuya disputa debe controvertirse en el tribunal eclesiástico, el marido ni en el fuero esterno, porque no hay ley en España que le dé esa facultad, ni en el interno, porque se lo prohibe el evangelio, puede separarse de la muger, pueda ó no el promitente pagar la dote prometida.

*Esc.* En verdad que juzgo que es fundada su opinion de vmd.: ¿con qué el marido por causa de las cargas del matrimonio es dueño de la dote, y hará los frutos suyos?

*Ab.* Sí que hace los frutos suyos de la cosa dada en dote, y hoy ya se comunican los frutos y ganancias de todos los bienes de la muger como de los del marido. Asi lo

disponen las leyes 3, tít. 2, lib. 3 del Fuero de las leyes, y la ley 3, tít. 4, lib. 5 del Ordenamiento.

*Esc.* ¿Y suelto el matrimonio supongo que á la muger ó sus herederos compete la accion de repetir la dote?

*Ab.* Sí, y son preferidos á los acreedores del marido, porque todos los bienes de este quedan hipotecados á la dote, segun la ley 25, tít. 23, Partida 5. Cuidado que el privilegio de dote y la tácita hipoteca en los bienes se entiende si se verificó el matrimonio, ó aunque este sea nulo de buena fe contraido; pero si no se verificó, porque murió el esposo que habia recibido la dote antes de casarse, no es propiamente dote, y carece la muger de la accion hipotecaria y privilegios dotales para la repeticion, y solo podrá pedir como otro cualquiera acreedor; pero verificado el matrimonio será preferida á los anteriores acreedores, aunque tengan tácita hipoteca. Asi lo dispone la ley 23, tít. 13 de la Partida 5.

*Esc.* Pregunto: ¿y por los bienes no dotales ó parafrenales tiene la muger tácita hipoteca en los bienes del marido, y el derecho de prelacion á los anteriores acreedores?

*Ab.* Segun la ley 17, tít. 11, Partida 4 tiene la muger por los bienes parafrenales tácita hipoteca en los bienes del marido, pero no el derecho de prelacion, esto en los bienes cuya administracion está concedida al marido; pero en los demas bienes que la muger retiene, sin que el marido tenga la administracion, ni aun tiene la tácita hipoteca.

*Esc.* Y por las arras, donaciones, vestidos, joyas &c. que el marido haya dado á la muger, ¿tendrá esta en los bienes del marido tácita hipoteca y derecho de prelacion?

*Ab.* En arras y demas donaciones tiene tácita hipoteca, pero no derecho de prelacion; y lo mismo en los gananciales, si el marido, muerta la muger ó viviendo, en caso prohibido los enagenase.

*Esc.* ¿Y lo dicho acerca de la dote no tiene alguna distincion?

*Ab.* Cuando la dote, esto es, las cosas dadas en dote son estimadas, porque entonces el marido es deudor de



la cantidad en que se estimaron; pero en el caso de que sean sin estimarse, entonces, aunque durante el matrimonio es dueño el marido, disuelto pasa sin acto de posesion el dominio de las cosas dotales á la muger, y puede repetirlas de cualquiera poseedor con preferencia á todos los acreedores que tengan hipoteca aun espresa, y para esto no es necesario privilegio, porque el dueño de una cosa es preferido á todos los que tengan otro cualquiera derecho á ella; pero no será preferida por su estimacion en los bienes del marido, sino en la forma que llevamos anteriormente dicho. Por lo mismo de ser la muger dueña de las cosas dadas en dote y no estimadas, disuelto el matrimonio, si éstas sin culpa del marido hubiesen perecido, perecen para la muger, con tal que las cosas consistan en especie; pero si consisten en género, porque se consumen con el uso, perecen para el marido.

*Esc.* No entiendo qué son cosas que consisten en especie, y cuáles las que consisten en género.

*Ab.* Consisten en género las que constan de número, peso y medida, como vino, trigo &c., y en especie todo lo demas. Como aquellas sin consumirse no tienen uso, puede el marido, y necesita para usar de ellas consumirlas, quedando obligado al tanto; pero las demas, pereciendo sin culpa del marido, perecen para su dueño, que es la muger, si no han sido estimadas.

*Esc.* Dígame vmd., y disuelto el matrimonio ¿dentro de qué tiempo hay obligacion á restituir la dote?

*Ab.* Si la dote consiste en cosas muebles, y estas existen, luego se han de restituir sin dilacion alguna; pero si estas consistiesen en género ó no existen, se debe hacer la entrega de su estimacion dentro del tiempo que en los contratos é instrumentos dotales se haya capitulado; y si tiempo no se señaló, entonces se debe restituir dentro de un año del dia en que el matrimonio se disolvió. Asi lo dispone la ley penúltima, tít. 11, Part. 4.

*Esc.* Y en el tiempo que se tarde en volver á la muger su dote ¿habrá obligacion de alimentarla del caudal comun?

*Ab.* Distingo: si hay gananciales no debe alimentarse, porque tampoco se alimentan los herederos del marido, y los frutos de todo el caudal son por mitad; pero si no los hubiese, y solo pidiese su dote, en el tiempo que se tarde en entregársela se la debe alimentar, caso de que no tenga otros bienes de qué; pero si tuviese otros bienes no se la debe alimentos, bien que tendrá los frutos que los bienes dotales produjesen en el tiempo de la dilacion de la entrega; pero en el caso que quede embarazada, siempre se la deben alimentos, tenga de donde alimentarse ó no, entréguese ó no la dote.

*Esc.* ¿Y disuelto el matrimonio está obligado el marido á entregar á los herederos de la muger toda la dote, aunque se quede por puertas?

*Ab.* El marido por el obsequio y reverencia que se le debe por la muger no está obligado sino *in quantum facere potest*, esto es, en aquello que puede, sin quedarse á pedir limosna; y lo mismo sucede á los hijos con la madre; pero no á los demas herederos, quienes estan obligados *in solidum*, esto es, por el todo de la dote.

Es escepcion cuando la dote consiste no en cantidad, sino en ciertas y determinadas fincas, ó cosas que existen, ó cuando la muger disuelto el matrimonio sea pobre y no tenga mas que la dote, y la necesite para mantenerse, porque la caridad y justicia bien ordenada exigen que sea primero el dueño que otro por cercano que sea.

*Esc.* ¿Y para pedir la dote, disuelto el matrimonio, se ha de atender el lugar del marido, el de la muger, ó el del contrato?

*Ab.* Segun una ley de Partida, que es la 24, tít. 11, Partida 4, se debe atender el lugar del contrato, á no ser que otra cosa se haya convenido.

*Esc.* ¿Y la dote confesada y no recibida tiene los privilegios de dote?

*Ab.* La dote solo confesada no tiene los privilegios, y disuelto el matrimonio compete al marido ó sus herederos la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, é incumbe á la muger la prueba de la entrega efectiva, á no ser que en el instrumento público el escribano asegure la entrega hecha á su presencia, en cuyo caso tendria el marido que probar la falsedad de esta certificacion, porque la presuncion está por el instrumento: no competirá la escepcion *non numeratæ pecuniæ* si el marido la hubiese renunciado, porque es escepcion que se puede renunciar. Ley final, tít. 1, Partida 5.



*Esc.* ¿Y cuándo la dote fuese solo prometida, y luego apareciese confesion de haberla recibido?

*Ab.* En este caso bastará sola la confesion, y no le compete la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, teniendo el marido que probar la falta de la entrega ó fraude que habia habido en la confesion del recibo de la dote.

*Esc.* Habiendo tratado de las dotes, nos resta tratar de las donaciones que esta ley llama *propter nuptias.*

*Ab.* Donacion *propter nuptias* ó *ante nuptias* era aquella que el marido, el padre ú otro por él hacia á la muger por causa del matrimonio en compensacion de la dote: hoy es desconocida esta donacion; y en el sentido de esta ley, donacion *propter nuptias* no es otra cosa hoy que lo que los padres dan á los hijos cuando se casan, que asi como lo que se da á las hijas se llama dote, lo que á los hijos se llama donacion *propter nuptias.*

*Esc.* Y qué ¿estas donaciones *propter nuptias* pasaban á las mugeres como las arras y demas, ganando la mitad por el ósculo, y todo por la consumacion del matrimonio?

*Ab.* Estas donaciones fueron introducidas en recompensa de las dotes, esto es, para que con ellas se asegurase la dote de la muger; y asi como durante el matrimonio el marido es dueño de la dote, lo fuese la muger de las donaciones *propter nuptias*; y disuelto el matrimonio, asi como la dote volvia á la muger ó sus herederos, asi la donacion *propter nuptias* tambien volvia al marido ó sus herederos; pero como digo hoy no estan en uso tales donaciones, y en su lugar el marido obliga todos sus bienes á la seguridad de la dote; y segun la ley final, tít. 3, lib. 3 del Fuero de las leyes, y la ley 3, tít. 4, lib. 5 del Ordenamiento, todos los frutos de cualesquiera bienes dotales ó no dotales de la muger y de los del marido, despues de satisfacer las cargas comunes

del matrimonio, se hacen comunes de la sociedad, dividiéndose por mitad disuelto el matrimonio.

*Esc.* ¿Con que hoy en sustancia, qué es lo que se llama donacion *propter nuptias*?

*Ab.* Lo que hoy se llama, y de las que habla nuestra ley, es lo que los padres dan á sus hijos cuando casan para ayuda de sostener las cargas del matrimonio. Las leyes que hablan de traerse á colacion por los hijos las donaciones *propter nuptias*, se entienden de lo que los hijos han recibido de sus padres cuando han casado; y estas y las que se hacen á las hijas, que es lo que se llama dote, son las que dice la ley que vamos esplicando, que si se hiciesen por el padre y la madre, hayan de pagarse de los bienes gananciales: si no hubiese bienes gananciales, ó no fuesen bastantes, los paguen por mitad padre y madre de los demas bienes que pertenezca á cada uno; pero si fuese solo el padre quien dota á la hija, ó hace donacion *propter nuptias* al hijo, en caso de que no haya bienes gananciales se deba pagar de los bienes del padre.

*Esc.* Pues estamos ya fuera de toda duda, sabiendo que lo que se da á los hijos se llama donacion *propter nuptias*, y dote lo que se da á las hijas, y que unas y otras donaciones se deben pagar primero de los bienes gananciales de los padres comunes, y en defecto con distincion, ó se hacen las donaciones por ambos padres, y entonces por mitad de los bienes de cada uno, ó solo por el padre, y entonces de sus bienes: ahora solo me resta saber lo que me convenga sobre las ganancias ó bienes gananciales de los matrimonios, y cuáles se deben por mitad, cómo y cuándo.

*Ab.* Todos los bienes que despues de disuelto el matrimonio resulten de aumento, deducidos los capitales de los cónyuges, se llaman gananciales, y se dividen por mitad por regla general; pero esta regla tiene sus escepciones.

*Esc.* Vamos con las escepciones: ¿de parte de los esposos hay alguna?

*Ab.* Si fuesen solo de presente, y aun consumado el matrimonio, si no ha sido llevada la muger á casa del marido, no se entiende contraida la sociedad de intereses: si la muger renunciase los gananciales, que lo puede hacer siempre que quiera, en cuyo caso deducirá su dote y bienes que llevó al matrimonio, sin tener que pagar las deudas y cargas comunes de él. La ley 60 de Toro.



*Esc.* Con que en este caso de que la muger antes ó despues renunciase los gananciales, ¿no será obligada á pagar las dotes ó donaciones *propter nuptias* de los hijos comunes?

*Ab.* En la ley 60 hablaremos despacio de esta materia, teniendo presente, segun la ley 4, tít. 6, lib. 3 del Fuero de las leyes, que los gananciales en los casos que se dividen, lo mismo es en el matrimonio verdadero y válido, que en el contraido de buena fe por la muger.

*Esc.* Sigamos con las escepciones.

*Ab.* No tiene la muger mitad de gananciales de los adquiridos despues de la separacion ó divorcio, si se ha hecho por culpa suya, y por el adulterio pierde todos los adquiridos, aunque sea despues de viuda la falta de continencia.

*Esc.* ¿Y hay algunos bienes que no se comunican en la sociedad marital?

*Ab.* No son de la sociedad los que al marido ó muger se le dejen en testamento, ó los que hereden abintestato, porque las adquisiciones que se hacen por sucesion no entran en las compañías ó sociedad: tampoco los bienes de donaciones que se hagan por respeto á la muger ó marido por cualesquiera, y son particulares de aquel á quien se han hecho: los bienes castrenses tampoco se comunican, pero los frutos de estos bienes sí, como los de los bienes propios, los de donaciones y sucesiones.

*Esc.* ¿Y los bienes cuasi castrenses se comunican, ó solo sus frutos?

*Ab.* Sí se comunican: en el supuesto que las leyes esceptúan los bienes castrenses solamente.

*Esc.* Dígame vmd. si hubiese diversas leyes, fueros y costumbres en cuanto á los bienes gananciales en el lugar del domicilio del marido al de la muger, y al en que se contrató el matrimonio, y celebró el instrumento dotal, ¿á qué leyes, fueros ó costumbres se ha de estar?

*Ab.* Ahi tenemos terminante la ley 24 que ya he citado, tít. 11 en la Partida 4, en que espresamente nos dice, que á no ser que otra cosa se estipule se ha de estar y atender al lugar del contrato é instrumento dotal, y no al del marido.

*Esc.* ¿Y cuándo y cómo se hace la distincion de los bienes?

*Ab.* Disuelto el matrimonio; y para hacerla se pagan primero todas las deudas comunes: luego se saca la dote y bienes de la muger, y arras y demas donaciones que haya ganado por la consumacion del matrimonio: en seguida los bienes que el marido ha aportado al matrimonio, y demas que segun lo dicho no son comunicables por mitad en la sociedad maridal: lo que resta se divide por iguales partes entre la muger y el marido, ó los herederos de unos ú otros; con la advertencia que si en los bienes de la muger ó del marido se hiciesen nuevas obras, ó gastos no precisos para la simple conservacion, sí solo para mayor valor de las cosas, se han de computar por gananciales.

*Esc.* Pues ya no tengo mas que preguntar, pasemos á otra ley.

## LEY LIV.

*La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga* ex testamento *ni* abintestato: *pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquiera herencia* ex testamento *y* abintestato *con beneficio de inventario, y no de otra manera.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Ya ves por esta ley que la muger sin licencia del marido no puede aceptar herencias, ni *ex testamento*, ni *abintestato* sin beneficio de inventario, ni tampoco repudiarlas sin dicha licencia.

*Esc.* Supuesto de que lo que se adquiere por sucesion me dijo vmd. en la ley pasada que no se dividia entre los cónyuges, ¿cuál puede ser la causa de que la muger no



pueda aceptar sin beneficio de inventario por sí sola, ni repudiar las herencias?

*Ab.* Aun cuando los bienes de las sucesiones no sean comunes á la sociedad, lo son sus frutos; y asi aunque repudie una herencia, tiene perjuicio el marido, como tambien el que aceptase una herencia sin beneficio de inventario, si de ello se siguiese el tener que pagar mas que lo que importára la herencia: ademas de esta razon, yo juzgo que tanto de la prohibicion de esta ley como de la siguiente, en que á la muger se le prohibe todo contrato sin licencia del marido, sea la razon la potestad y jurisdiccion del marido sobre la muger, que siendo el matrimonio un cuerpo, una familia, y casa de que es cabeza el marido, parece puesto en razon que los miembros nada de consecuencias sucesivas puedan hacer sin consentimiento de la cabeza.

## LEY LV.

*La muger durante el matrimonio sin licencia de su marido, como no puede hacer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar, ni se desistir de ningun contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie de él; ni pueda hacer cuasi contrato ni estar en juicio, haciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí, ó por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere.*

### COMENTARIO.

*Esc.* Ya me ha dicho vmd. en la ley antecedente las razones por qué la muger sin licencia del marido no puede hacer contrato ni distracto, estar en juicio &c., y demas que dice la ley.

*Ab.* Y qué te parece, ¿valdrá el contrato de que se siga utilidad á la muger, aunque no preceda ni se siga licencia del marido?

*Esc.* Me parece que no, porque estando por la ley prohibida de contratar sin la licencia ó consentimiento del marido, no deberá valer de modo alguno aunque sea útil, si el

marido se empeñaba en no ratificar el contrato ó muriera, y antes desistiese el otro contratânte.

*Ab.* Soy de la misma opinion, aunque parece que muchos autores llevan la contraria; y en confirmacion de mi opinion está la ley 59 de Toro, la que dice que en ausencia del marido el juez, con conocimiento de causa, siendo legítima, necesaria ó provechosa á la muger, si corre peligro la tardanza del marido, puede dar la licencia que habia de dar el marido: á la que responden que esta licencia es necesaria para que valga perpetuamente, aunque despues falte la utilidad: me parece respuesta bien voluntaria; pues la ley no distingue, y está terminante de que la justicia pueda dar licencia á la muger, y seria bien ociosa la licencia si bastase la utilidad y provecho: supongo que el caso le ponen en el que el marido muera, en el que la voluntad de la muger libre ya equivale á la ratificacion del marido; pero en caso de que antes de la muerte ó ratificacion el contratante desistiese del contrato, ó en el de que el marido se empeñase en no ratificar, soy de sentir que la utilidad solo no basta para hacer válido el contrato ó cuasi contrato sin licencia del marido.

*Esc.* ¿Y valdrá la licencia ó consentimiento tácito, ó será forzoso el espreso?

*Ab.* Basta el tácito: y asi si los dos juntos ó la muger á presencia de su marido hiciese ó hiciesen algun contrato, valdrán, como tambien los que la muger hiciese puesta de consentimiento del marido en alguna negociacion, segun la ley 15, tít. 26, libro 3 del Fuero de las leyes. Vamos á otra ley.

## LEY LVI.

*Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su muger para contratar, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia; y si el marido se la diere, valga todo lo que la muger hiciere por virtud de la dicha licencia.*



## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley se reduce á decir que no es necesaria la licencia del marido especial para cada contrato, y sí que basta la general de poder contratar, y vamos á otra ley.

## LEY LVII.

*El juez con conocimiento de causa legítima y necesaria compela al marido que dé licencia á su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, que el juez solo se la pueda dar.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley tambien da á entender, y como que confirma la opinion de que solo la utilidad no es bastante para que la muger pueda contratar sin licencia de su marido, pues dice que con causa legítima y necesaria el juez compela al marido que no quiere dar licencia á la muger, á que se la dé para todo aquello que no podia hacer sin su licencia, y en caso que compelido no se la diere, que el juez solo se la pueda dar.

*Esc.* A la verdad que de algun modo parece que confirma la opinion de que no basta la utilidad del contrato á la muger para que este valga sin licencia del marido. No me ocurre cosa alguna que preguntar en esta ley, y asi pasemos á la siguiente.

## LEY LVIII.

*El marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificacion sea general ó especial.*

COMENTARIO.

*Ab.* En las leyes antecedentes tenemos dicho que la licencia del marido tácita ó espresa, especial ó general, es precisa para que valga el contrato, cuasi contrato ó distracto de la muger casada: en esta ley se dice el que no es necesario que preceda, sino que basta el que intervenga ratificando el contrato hecho sin ella; y añade que la ratificacion basta que sea general, y que no es preciso el que sea especial.

*Esc.* ¿Pero cuál puede ser la razon para que baste la ratificacion del marido, y no sea necesaria al tiempo del contrato?

*Ab.* La razon es de que la licencia del marido se requiere no por condicion del contrato, y sí por evitar los perjuicios que al marido se le pueden seguir de ellos, y el desdoro que se seguirá á su autoridad y jurisdiccion sobre su familia si sin consentimiento de la cabeza valiesen los contratos; y como estos perjuicios quedan subsanados interviniendo su licencia en cualquiera tiempo basta la ratificacion del marido de lo hecho por su muger para que sea válido.

## LEY XLIX.

*Cuando el marido estuviere ausente, y no se espera de próximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conocimiento de causa, siendo legítima, ó necesaria, ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger, la que el marido le habia de dar: la cual asi dada vala como si del marido sea.*

COMENTARIO.

*Ab.* En esta ley no hay que añadir cosa alguna á su literal contesto, y lo que antes tenemos dicho, y asi podemos pasar á la siguiente.



## LEY LX.

*Cuando la muger renunciare las ganancias no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hobiere hecho durante el matrimonio.*

COMENTARIO.

*Ab.* Ya hemos dicho que los gananciales que hay durante el matrimonio son por mitad de marido y muger, y por consiguiente las deudas comunes contraidas en el matrimonio son de carga de estos bienes; pues esta ley da facultades á la muger de renunciar si quiere los gananciales, y en ese caso la exime de la obligacion de pagar por mitad las deudas comunes.

*Esc.* ¿Y la muger puede renunciar en cualquiera tiempo la mitad de gananciales, ó solo despues de disuelto el matrimonio?

*Ab.* Puede renunciarlos en cualquiera tiempo, y valdrá la renuncia, no obstante de que esté prohibida la donacion *inter virum et uxorem*, porque la renuncia de lo que aun no se ha adquirido no se entiende donacion; por lo mismo, aun con el fin de que recaiga en el otro cónyuge, puede el uno renunciar la manda ó legado en que es el otro sustituto.

*Esc.* Supongo que la obligacion de dotar á las hijas es carga de los padres y de los gananciales del matrimonio, que segun la ley 53 sea dote ó donacion *propter nuptias*: se manda por padre y madre, en defecto de gananciales debe pagarse por mitad de los bienes de cada uno de los padres, pregunto: si la muger que con su marido ofreció dote á su hija, ó donacion *propter nuptias* á su hijo, renuncia los gananciales, y estos no alcanzasen para pagar la donacion, ¿será obligada á pagar la mitad?

*Ab.* La ley 53 habla de los bienes que deben satisfacer tales donaciones y dotes hechos por los padres cuando no haya renuncia de bienes gananciales; pero mandándose en esta ley 60 que la muger que renuncia los gananciales

no sea obligada á pagar ninguna deuda de las hechas durante el matrimonio; parece que no debe pagar la mitad de la donacion, porque á la verdad esta es deuda del matrimonio; no obstante puede haber gran dificultad en que esta ley dice deudas que el marido hubiese hecho, y segun la ley 53 la mitad de la deuda es hecha por el marido, y la otra por la muger; y asi yo diria que si la renuncia fue anterior á la disolucion del matrimonio, sin poder saber si habria ó no gananciales, como carga de estos deberá cargar con ella el marido; pero si fue despues disuelto el matrimonio, en que conocia ya que no habia gananciales, siendo como es la mitad de la donacion deuda de la muger y no del marido, ni de los gananciales, que ya consta no los puede haber, no se librará la muger de pagar la mitad: esto me parece la mejor concordancia de estas dos leyes; pero lo mas seguro seria consultar al príncipe para que las declarase, que es á quien corresponde interpretar la voluntad de las leyes.

## LEY LXI.

*De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger. Y asimismo mandamos, que cuando se obligaren á mancomun marido y muger en un contrato, ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probare que se convirtió la tal deuda en provecho de ella, ca entonces mandamos que por rata del dicho provecho sea obligada; pero si lo que se convirtió en provecho de ella fue en las cosas que el marido la era obligado á dar, asi como vestirla y darla de comer, y las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna: lo cual todo lo que dicho es se entienda si no fuere la dicha fianza ú obligacion á mancomun por maravedis de nuestras rentas, ó pechos, ó derechos de ellas.*



### COMENTARIO.

*Ab.* De esta ley sacamos las conclusiones siguientes: primera, que la muger no pueda ser fiadora del marido: la razon parece que no es otra que el mirar por las mugeres, y que los maridos no las reduzcan á pobreza con el engaño de persuadirlas á ser fiadoras, y que las amenazas y respeto no contribuyan á que contra su voluntad, obligándose por sus maridos, queden por puertas y en la mayor pobreza; por la misma razon no basta el que se diga, y aun se confiese por la muger, que la deuda de que sale fiadora se convierte ó se convirtió en su utilidad: segunda conclusion, que la muger no pueda obligarse de mancomun con su marido, aunque confiese es la deuda en su provecho; pero si efectivamente se probare serlo por la parte del provecho que la resulte, solamente quedará obligada: tercera conclusion, que por rentas y pechos reales puede la muger ser fiadora de su marido, ú obligarse de mancomun con él.

*Esc.* ¿Y cuándo se dirá que la deuda se convierte en utilidad de la muger?

*Ab.* Se dirá en utilidad de la muger cuando la muger perciba utilidad y aumento en sus cosas, no preciso cuando la utilidad consista en comer ni en vestir, y demas obligaciones que el marido tiene á prestarla, pues en estos casos mas bien se dirá convertido en utilidad del marido que tiene obligacion de mantener y vestir á la muger, que de la misma muger que ha sido vestida y mantenida.

*Esc.* Póngame vdm. un egemplo.

*Ab.* Siempre que una heredad de la muger tiene un censo y se quita; que se toma dinero para hacer una obra en ella; que la hace conocidamente mas fructífera y de mas valor, con proporcion al aumento y al censo y gravamen redimido, quedará la muger obligada (en el caso de entrar en la obligacion de mancomun) por la parte de utilidad que se le haya seguido, y no en mas.

*Esc.* En el caso de ser obligada de mancomun está la ley terminante; y pregunto: ¿en caso de ser fiadora del marido, si la deuda se convirtiese en su utilidad estará la mu-

ger obligada por la parte en que recibiese su utilidad?

*Ab.* No obstante que hay autor que dice que no está obligada, yo digo que sí: es cierto que esta ley no dice que está obligada, pero tampoco dice que no: ademas las leyes y derecho anterior, y mucho mas lo que está fundado en juicio y razon natural, para su derogacion es forzoso ley espresa en contrario: para decir que la muger fiadora no queda obligada por la parte que efectivamente tiene interes no hay razon alguna, ni vienen bien las de fraude, sugestion y engaño que la puedan reducir á pobreza; ademas la ley no dice que no quede obligada, ni para que quedase tenia necesidad de decirlo; con que es una cavilacion el decir que la ley, sin decir lo que pudo decir si hubiese querido, quiso derogar el derecho antiguo en esta parte; y que por lo mismo no quedaba obligada la muger, ni aun por aquella parte en que la habia sido útil la deuda.

*Esc.* A la verdad que tiene vmd. razon, y seria una cosa dura que con la deuda del marido se reparasen, cuidasen y mejorasen las fincas de la muger, y luego los pobres acreedores se quedasen sin cobrar, y con perjuicio de ellos la muger se enriqueciese. Pero las mugeres no pueden ser fiadoras de los estraños: con que si las mugeres no pueden ser fiadoras, ¿á qué viene la ley que nos dice que no pueden serlo de los maridos?

*Ab.* Es cierto que la muger no puede ser fiadora segun el senadoconsulto Veleyano, cuya escepcion la compete hoy por nuestras leyes (es la 2, tít. 12 de la Part. 5); pero quedará obligada si renunciase la escepcion del Veleyano que la compete, si pasados dos años ratificase la fianza, ó si de nuevo segunda vez la hiciese; pero nuestra ley prohibe absolutamente lo pueda ser por su marido; de modo que ni la segunda fianza, ni la ratificacion despues de dos años, ni la renuncia del Veleyano, hará que quede obligada, y esto es lo particular de la prohibicion que hace esta ley de la fianza de las mugeres por sus maridos.

*Esc.* Y si marido y muger se obligan de mancomun, y nada se convierte en utilidad de la muger, ¿tendrá que pagar toda la deuda el marido?



*Ab.* Por supuesto que sí; pues segun nuestra ley la muger solo será obligada á pagar por aquella parte de utilidad que á ella haya resultado, cuya ley es correctoria de la ley 14, tít. 2, lib. 3 del Fuero de las leyes, y de la 107 de las leyes del Estilo, que disponen lo mismo en la muger y el marido, co-reos de una obligacion, que entre estrañas personas.

*Esc.* ¿Con que la muger solo puede ser fiadora del marido por los débitos reales?

*Ab.* Asi lo previene ó escepciona esta ley, no obstante que por derecho comun, por favor de la dote y sexo no podia ser fiadora la muger, fuese el débito particular, público ó fiscal, y siempre la competia la exencion del senadoconsulto Veleyano.

*Esc.* Y si la muger fuese principal obligada y el marido fiador, ¿quedará obligada?

*Ab.* De modo que si se probase que la obligacion ha sido en fraude de esta ley y con dolo, no quedará obligada; pero es forzoso que se pruebe el dolo, porque de lo contrario queda eficazmente obligada, pues la ley solo prohibe la fianza y la obligacion de mancomun, y no la debemos estender á mas, á no ser que haya dolo en fraude de esta ley.

*Esc.* Pregunto: si una muger fuese fiadora, ó se obligase de mancomun con su marido por los alquileres de la casa que habitan juntos, y el marido no tuviese de que pagar, ¿será de obligacion de ella, supuesto que se ha convertido en su utilidad?

*Ab.* Digan quienes quieran lo que digan, yo digo que no; pues es terminante de esta ley el que la utilidad no ha de ser en aquellas cosas que el marido es obligado á darla, asi como vestirla, darla de comer, y las otras cosas necesarias: yo no sé que otras cosas pueden ser mas necesarias despues de vestir y comer que la habitacion.

*Esc.* ¿Pero la muger podrá ser fiadora de su marido renunciando el beneficio de esta ley?

*Ab.* La ley concede el beneficio; pero no impide á la muger que pueda renunciar de él; y en caso de renuncia

deberá hacerlo tambien del senadoconsulto Veleyano, pues por la ley de Partida citada compete á toda la muger fiadora la escepcion; y por esta ley á la muger casada el beneficio de no quedar obligada en fianza por el marido, ademas del beneficio del Veleyano concedido á toda muger que se constituye fiadora en cualquiera obligacion. Ley 2, título 12 de la Partida 5.

*Esc.* ¿Y lo mismo podrá constituirse obligada de mancomun por el marido renunciando el beneficio de esta ley?

*Ab.* Lo mismo; pero para que la obligacion quede *in solidum*, y pueda pedirse á la muger por el todo de la deuda, deberá renunciar tambien el beneficio de division.

*Esc.* ¿A qué se reduce el beneficio de division?

*Ab.* Cuando dos son obligados de mancomun é *in solidum* el acreedor puede pedir, y tiene accion contra cada uno de los co-reos, y podrá pedir el todo de la deuda, y cada uno de los deudores es obligado á pagarla por entero si el otro no la hubiese pagado. A estos deudores de mancomun se les concedió el beneficio y escepcion de la division, para eximirse de pagar mas de la parte que les correspondia dividiendo la deuda; y este beneficio concedido á los co-reos de deber se llama de division.

*Esc.* Y qué, usando del beneficio de division ¿no debe uno pagar mas que la parte que le cabe, aunque el co-reo sea insolvente?

*Ab.* El beneficio de division se reduce á que no se les pueda exigir toda la deuda sin pedir al co-reo toda su parte; pero no el que, caso de que se haga escursion en los bienes de él, y no tenga con que pagar, deje el acreedor de cobrar.

*Esc.* Tambien creo que hay otro beneficio, que se llama de escursion, ¿á qué se reduce?

*Ab.* Los fiadores son á los que compete este beneficio cuando se les quiere hacer pagar antes de que se pida á los principales deudores, y se llama de escursion, porque para el fiador pagar antes se ha de escudriñar é inquirir, y ver si el principal tiene ó no con que.

*Esc.* Estoy enterado, pasemos á otra ley.



## LEY LXII.

*Ninguna muger por ninguna deuda que no descienda de delito pueda ser presa ni detenida, si no fuere conoscidamente mala de su persona.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley, atendiendo á la conmiseracion á que es acreedor el sexo femenino, prohibe la prision de las mugeres por deuda que no descienda de delito, y solo pone la escepcion de las mugeres que conocidamente son malas de su cuerpo, esto es, públicas rameras.

*Esc.* ¿Y cuándo se entenderá una pública ramera?

*Ab.* Hoy cuidarás de no meter á muger alguna en la cárcel por deuda ni causa civil, sea quien fuere, porque no habiendo rameras permitidas, ninguna muger por mala que sea puede ser para el juez conocidamente mala de su cuerpo; por lo mismo para acreditar su providencia en que decretase prision por deuda civil necesitaria hacer una justificacion de ser conocidamente mala de su cuerpo la muger que mandase prender, en lo que no se debe meter el juez; y asi hoy que no hay permitidas rameras públicas viene á ser de ningun efecto la escepcion de esta ley, y puede decirse que ninguna muger puede ser presa por causa civil.

*Esc.* ¿Con qué si descendiese de delito podrá ser presa?

*Ab.* Conforme sea el delito de que descienda la deuda, y asi por punto general en todo delito y deuda que descienda de delito, las mugeres pueden ser presas en su casa por cárcel; pero para la prision en cárceles se necesita la prudencia que encargan las nuevas leyes; y cuando no se teme la fuga, como sucede en todas las causas livianas de que no puede resultar pena corporal, no deben las mugeres ser encarceladas, á no ser que la prudencia en las circunstancias dicte de que sí para escarmiento de la que ya sea incorregible, y asi la primera vez en las causas criminales livianas de ningun modo se debe decretar prision en la cár-

cel; pero sí en el caso de ser incorregible la muger ó ser el delito de aquellos por el que se la pueda imponer pena *corporis aflictiva*, y siempre con separacion de los hombres.

*Esc.* ¿Con qué á los hombres por causas civiles bien se les puede encarcelar?

*Ab.* Sí, á escepcion de los privilegiados, como son los nobles, letrados, y otros que se dirán en las leyes siguientes.

## LEY LXIII.

*El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ello, se prescriba por veinte, y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mista, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos.*

### COMENTARIO.

*Esc.* Ni yo entiendo qué es obligacion personal, qué es real, ni qué es mista.

*Ab.* ¿No sabes qué es accion personal?

*Esc.* Sí señor: sé que es la que compete á uno contra otro, y no contra las cosas, para conseguir lo que se le debe.

*Ab.* Pues la obligacion personal es la que tiene esa persona contra quien hay la accion: la real rigurosamente no la hay; pero se puede decir que es la que tiene uno á responder con la cosa suya contra lo que otro tiene accion real; supongo que sabes que la accion real es la que nos compete para conseguir una cosa en que tenemos derecho, ó que es nuestra, que se llama *jus in re*; pues la obligacion mista es cuando uno esté obligado por contrato, y ademas tiene hipoteca para la seguridad de la deuda, y siempre que se dé accion contra uno y contra la cosa que posee se llama obligacion mista.

*Esc.* Lo entiendo.

*Ab.* Pues ahora has de saber que estas obligaciones que



siempre producen acciones á los acreedores, unas veces son las acciones solo para pedir en juicio lo que se les debe en la via ordinaria, y otras ademas para poder ejecutar á los obligados.

*Esc.* Ya entiendo que hay diferencia de via ordinaria á juicio ejecutivo.

*Ab.* Debes saber tambien que tanto las acciones que competen á los acreedores contra sus deudores, como el derecho de ejecutar, no son perpetuas, sino que se prescriben por tiempo dentro del que deben usar de su respectivo derecho; pues ahora esta ley trata del tiempo por qué se prescribe el derecho de ejecutar en la accion personal, y la misma accion personal, y tambien del tiempo por qué se prescribe la accion mista, ó donde hay hipoteca; como no hay obligacion real, por supuesto de que aunque haya acciones reales no hay derecho de ejecutar, porque las ejecuciones como son contra las personas, principalmente donde no hay persona obligada, como es en la accion meramente real, no hay accion ejecutiva.

*Esc.* Pues ahora ya entiendo la ley que dice, que el derecho de ejecutar en las obligaciones personales dure diez años solamente; pero la accion veinte, y lo mismo la ejecutoria dada sobre accion personal.

*Ab.* ¿Y qué entiendes tú por la ejecutoria dada sobre accion personal?

*Esc.* Entiendo cuando sobre una deuda se ha seguido pleito y se ha ejecutoriado la sentencia.

*Ab.* Muy bien: ¿y esos veinte años son para la accion ordinaria, ó para la ejecutiva?

*Esc.* Para la ejecutiva, porque ejecutoria me parece que se llama porque se puede ejecutar; y asi no dice sentencia, sino ejecutoria, de que infiero que la ley señala los veinte años para la accion personal, y para la ejecutiva que nace de la sentencia dada sobre la tal accion.

*Ab.* Muy bien lo entiendes, y es el verdadero sentido de la ley.

*Esc.* Sigo con ella, y digo que si á la obligacion personal se añadiese hipoteca, ó fuese la obligacion mista de

real y personal, entonces la deuda se prescribe por treinta años.

*Ab.* ¿Y la accion ejecutiva por cuánto tiempo se prescribe?

*Esc.* Eso no dice la ley, bien que en el hecho de decir solo la deuda se prescribe, y no decir la accion ejecutiva ni la ejecutoria, yo diria que no habla de ella, y asi que si no hay sentencia sobre la tal deuda mista de accion real y personal, el derecho de ejecutar se prescribirá por diez años.

*Ab.* Muy bien me parece, y en prueba de que el derecho de ejecutar se prescribe por diez años, aunque la deuda dure por veinte, todos los dias estás en la práctica viendo un caso.

*Esc.* ¿Y cuál es?

*Ab.* En los censos, que por el rédito de ellos tienen los acreedores accion personal con hipoteca; y pasados diez años sin cobrarlos, ya no se da por la deuda de los réditos de mas de los diez años accion ejecutiva.

*Esc.* Ahora me ocurre una duda de que en los censos, segun esta ley, por el principal parece que la accion se habia de prescribir á treinta años, pues es hipotecaria.

*Ab.* Hipotecaria para la seguridad.

*Esc.* No lo entiendo.

*Ab.* En el censo nunca hay obligacion á redimir ni pagar el principal, pues la obligacion es solo del rédito; con que no habiendo obligacion á pagar mas que los réditos, no se podrá decir que han pasado treinta años sin pedir lo que no se pudo, cual es el principal, y para lo que no ha principiado á tener accion.

*Esc.* Pregunto: ¿y se prescribe la accion y la ejecucion de las deudas por el tiempo que esta ley señala cuando hay buena fe é ignorancia del deudor, ó aunque la haya mala?

*Ab.* En cuanto al derecho de ejecutar no hay duda que se pierde, haya buena ó mala fe, en no pagar el deudor, porque es una accion que se le concede por tiempo al acreedor ademas de su accion ordinaria, pues cuando la



ley no distingue, ni nosotros debemos distinguir; de esta ley resulta el haberse quitado la perpetuacion en las acciones civiles, pues antes deducida en juicio una accion se perpetuaba por la *litis* contestacion, y hoy aun la accion que nace de la sentencia, y su ejecucion se prescribe por el tiempo de veinte años siendo accion personal, y siendo mista nunca pasa de los treinta para estinguirse la deuda, y á los veinte la accion ejecutiva: vamos á la ley siguiente.

## LEY LXIV.

*Por cuanto en las ordenanzas que hecimos en la villa de Madrid, á cuatro dias del mes de diciembre del año pasado de mil quinientos y dos años, hay una ordenanza, el tenedor de la cual es este que se sigue.*

*Otrosí: por cuanto por la ley por nos fecha en las Córtes de Toledo hobimos ordenado que si los deudores que debian algunas deudas, en quien son fechas ejecuciones por contratos, obligaciones, ó por sentencias á pedimento de los acreedores en los deudores ó en sus bienes, alegaren paga, ú otra escepcion que sea de recibir, que tengan diez dias para la probar; y no se declara desde cuándo han de correr los dichos diez dias: declaramos y mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal ejecucion, y pasados los dichos dias, si no probare la dicha escepcion, que el remate se haga como la dicha ley lo dispone, sin embargo de cualquier apelacion que de ella se interpusiere, dando el acreedor las fianzas, como la dicha ley lo manda.*

*Y porque nuestra mercede y voluntad es que la dicha ordenanza haya cumplido efecto: por ende mandamos que lo contenido en ella se guarde, cumpla y ejecute como en ella se contiene, sin embargo de cualquier apelacion que de ellas se interponga para ante Nos, ó para ante los oidores de nuestras audiencias, ó para ante otros cualesquiera jueces, ó cualquier nulidad que contra la dicha ejecucion y remate se alegue.*

*Esc.* Antes de pasar adelante en esta ley quiero saber cuándo los acreedores, ademas de la accion ordinaria civil, tienen derecho de ejecutar, esto es, ¿qué instrumentos traen aparejada ejecucion contra los deudores?

*Ab.* Traen aparejada ejecucion las cédulas y provisiones del Rey que no sean contrarias á derecho, ó dadas sin ser citado ni oido aquel en cuyo perjuicio sean dadas (leyes 1, 2, 3, 74, tít. 14, lib. 4 de la Recopilacion). Las libranzas que se dan por el Rey ó Consejo de Hacienda contra los tesoreros de la real Hacienda traen aparejada ejecucion contra ellos (ley 14, tít. 7, lib. 9 de la Recopilacion): por la misma razon las libranzas que se despachan contra los depositarios judiciales por los jueces competentes para hacer pago á los acreedores del dinero que se halla depositado, traen aparejada ejecucion.

*Esc.* Nada de eso sabia yo: siga vmd. diciéndome de todo lo que trae aparejada ejecucion.

*Ab.* Traen aparejada ejecucion los reconocimientos de cartas, vales y papeles hechos en juicio por el deudor (ley 5, tít. 21, lib. 4 de la Recopilacion); y lo mismo toda confesion clara hecha ante juez competente antes ó despues de la contestacion de la demanda (la misma ley).

*Esc.* Esto ya lo sabia: siga vmd.

*Ab.* Traen aparejada ejecucion las letras de cambio despues de aceptadas contra el que las aceptó (ley 9, tít. 16, lib. 9 de la Recopilacion): tambien la traen las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada de que ya no haya recurso ni apelacion, ó de las que no se interpusieron, y siguieron en la forma ordinaria que el derecho prescribe (la ley 6, tít. 17, y las leyes 6, 7, 11, tít. 18 del lib. 4 de la Recopilacion).

*Esc.* Con que aunque la sentencia sea apelable, si el que ha de apelar dejó pasar el tiempo que se le concede para poder hacerlo, ¿la sentencia será ejecutable?

*Ab.* La sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no solo cuando no es apelable, sí tambien cuando el que habia de apelar no interpuso en tiempo la apelacion, ó si la interpuso y no la siguió, dejando de presentarse en el tiempo que prescribe la ley para seguir las apelaciones, es ejecutable.



*Esc.* Con que si uno que apela dentro del término concedido para apelar no acudiese al tribunal superior en el tiempo que se le señala, ó aunque acuda no usa de la provision de emplazamiento y compulsoria en los términos que se le conceden para ello en el tribunal donde apeló, y se declarase por desierta la apelacion, se podrá ejecutar la sentencia.

*Ab.* Es constante: véanse las leyes citadas del lib 4 de la Recopilacion.

*Esc.* Pregunto: ¿y los mandatos que comunmente los jueces dan de *solvendo*, con apercibimiento de ejecucion en el caso de no pagar el deudor en el tiempo que se le señala, sin que haya precedido citacion ni audiencia para ello, ¿traen aparejada ejecucion, ó pueden ser bastante para la ejecucion?

*Ab.* De modo que los mandatos de *solvendo* que los jueces dan con apercibimiento de ejecucion se entienden siempre condicionales de que parezca, si se sintiere agraviado, á decir lo que le convenga en el término que se le manda pagar; y en caso de comparecer se convierte el mandato de *solvendo* en simple citacion, y se sigue en el juicio ordinario la causa; pero si no comparece á decir, hay distincion: si la causa es de entidad nunca se da el mandato de *solvendo*, sino que se debe de dar traslado; y si se diese el mandato de *solvendo*, como que es sin preceder citacion ni audiencia, no es ejecutivo el precepto; pero si la causa fuese de cantidad de poca monta en este caso está recibido en práctica, siguiendo la opinion de clásicos autores, por ahorrar gastos y dilaciones, el que se despache el mandato de *solvendo*; y en estos casos que se deben despachar, si el deudor no compareciese á decir de su derecho contra lo mandado el mandato ó precepto queda firme y es ejecutivo: por lo mismo puede despacharse ejecucion, bien que lo que debe hacerse para mas justifica-

cion es de señalarle hasta tres términos con apercibimiento de ejecucion, y no pagando ni diciendo de su derecho, se despacha.

*Esc.* ¿Y qué cantidad ha de ser la que se diga de poco momento para que se dé el precepto de *solvendo* sin preceder audiencia ni citacion?

*Ab.* No hay ley que para estos casos la señale; pero habiendo la que señala la cantidad, que por ser de poco momento, sus causas no deben de ir en apelacion á las audiencias, y sí á los consistorios; parece que nos puede servir de regla para la graduacion en cuanto á despachar mandatos de *solvendo*.

*Esc.* ¿Y qué cantidad es la que señala por de poco momento para que las apelaciones no vayan á las audiencias y chancillerías.

*Ab.* Ultimamente se han señalado las que no escedan de cuarenta mil maravedises.

*Esc.* Dígame vmd. ¿y siempre que de la sentencia no haya apelacion se puede ejecutar?

*Ab.* Mira que he dicho recurso ni apelacion, y asi aunque no haya apelacion, y aunque esté pasada en autoridad de cosa juzgada, si fuese persona privilegiada que tenga restitucion, no debe ejecutarse la sentencia, aunque sea pasada en autoridad de cosa juzgada, si dentro del término para decir de nulidad la parte viniese pidiendo la restitucion.

*Esc.* ¿Y qué tiempo es el señalado para que dentro de él se pueda apelar?

*Ab.* Cinco dias: ley 19, lib. 9, tít. 3 de la Recopilacion.

*Esc.* ¿Y hay sentencias que aunque se apele de ellas se deban ejecutar, ó que no obstante la apelacion sean ejecutables?

*Ab.* Sí: en primer lugar las sentencias dadas sobre sepultar algun difunto, sobre cosas que no se puedan guardar sin esponerlas á que se pierdan, como uvas, mieses que se han de segar, y otras cosas á este tenor, ó sobre dar tutor á menores, segun la ley 6, tít. 18, lib. 4 de la



Recopilacion, en todos estos casos la apelacion solo se admite en un efecto, y se puede ejecutar sin embargo de apelacion: en segundo, segun la ley 9, tít. 18 lib. 4 de la Recopilacion, se debe ejecutar sin embargo de apelacion la sentencia sobre ordenanzas de los pueblos de mil maravedises, y de ahí abajo: en tercer lugar segun la ley 4, tít. 21, lib. 4 de la Recopilacion: sin embargo de apelacion, y bajo las fianzas que prescribe dicha ley, se deben ejecutar las sentencias de los jueces árbitros, sean árbitros *juris*, ó sean amigables componedores, entendiéndose lo mismo en las transacciones hechas ante escribano. Y por último la sentencia de remate se debe ejecutar, sin embargo de apelacion, dando el actor la fianza de la ley de Toledo, y admitiéndose aquella solo en el efecto devolutivo, como en todos los demas casos que llevo dicho deben ejecutarse las sentencias.

*Esc.* ¿Qué mas cosas traen aparejada ejecucion?

*Ab.* Traen aparejada ejecucion los libros y cuentas que se hacen por las partes ó contadores por ellas nombrados con autoridad judicial, ó sobre que se haya hecho instrumento público, y no de otra forma: lo mismo los alcances de cuentas, de bienes de Rey, iglesias, concejo y sus repartimientos y contribuciones, siendo hechos y tomadas judicialmente por juez competente, y por él aprobadas: y tambien traen aparejada ejecucion los tributos públicos y reales que se acostumbren á pagar, sobre que hablan los títulos 14, del lib. 6 el 6, del 7, y el 7 del 9 de la Recopilacion.

*Esc.* Sigamos con las demas cosas que traen aparejada ejecucion.

*Ab.* Trae aparejada ejecucion la confesion judicial hecha ante juez competente, sea antes, sea despues de la contestacion (la ley 5, tít. 21, lib. 4 de la Recopilacion); pero no la trae si la confesion fuere estrajudicial ó dudosa.

*Esc.* Pregunto: y si la confesion fuere condicional ¿se podrá ejecutar lo que confiesa aceptándolo, y negar la condicion; v. gr. debo á Juan mil, si se verifica el que me den tal empleo?

*Ab.* Se ha de distinguir en las confesiones cuando son de cosas individuas ó distintas: cuando la confesion es de cosa individua, como es la condicional, no se puede admitir por parte, y negar por parte; pero sí cuando son distintas y dividuas, como si uno confesase haber recibido mil, y dijese que ya los habia pagado, en estos casos el actor puede aceptar la confesion de la deuda, negando la paga, y se deberá despachar la ejecucion por la cantidad confesada, y el reo tendrá que probar la paga en el tiempo de las escepciones, segun opinion comun de autores, porque el acto de recibir, y el de haber pagado, aunque incluidos en una confesion, son dividuos, distintos y separados.

*Esc.* ¿Y el juramento decisorio que la una parte difiere á la otra trae aparejada ejecucion?

*Ab.* La trae, no solo el judicial, sí tambien el hecho fuera de juicio, lo mismo que sea antes que despues de contestada la demanda, segun la ley 3 y 15, tít. 7 de la Part. 3.

*Esc.* Supongo que tambien trae aparejada ejecucion el reconocimiento de vales, cartas y papeles en que conste alguna deuda.

*Ab.* Siempre que el reconocimiento de papeles en que se confiesa la deuda sea hecho ante juez competente ó alguacil de comision del juez, trae aparejada ejecucion contra la parte reconoscente (ley 119, tít. 18, Part. 2, ley 5 y 6, tít. 21, lib. 4 de la Recopilacion); y de tal modo es preciso el reconocimiento de la parte, que aunque un tercero le haya firmado de su orden, y le reconozca judicialmente, y aunque la deuda sea probada por dos testigos contestes, no trae aparejada ejecucion.

*Esc.* Y si el que reconoce el vale en el mismo reconocimiento opusiere la escepcion de la *non numerata pecunia*, y la pusiere en el mismo reconocimiento, ¿impedirá la ejecucion?

*Ab.* Si es dentro del término de los dos años en que se puede poner la escepcion de la *non numerata pecunia*, y la pusiere en el mismo reconocimiento, impide la ejecucion, porque esta calidad es conjunta en el reconocimiento, y viene á negar la deuda en la confesion individua que



no se puede aceptar por parte, y por parte no, como dijimos antes; pero si despues de hecho el reconocimiento pusiere la escepcion, como ya no es parte de la confesion, esta escepcion por donde niega la deuda no impide el que se despache la ejecucion; y si hubiese dejado pasar el término en que la podia oponer, aunque la escepcion sea puesta al tiempo del reconocimiento, no impide la ejecucion: es opinion comun de los autores regnícolas.

*Esc.* Y los reconocimientos de menores de veinte y cinco años que hicieron en juicio sin curador ¿traerán aparejada ejecucion contra ellos?

*Ab.* De modo que ó el contrato y obligacion que reconocen fue válido, y le pudieron hacer, ó no: si la obligacion ya hecha fue válida y legítima, el reconocimiento de la anterior obligacion traerá aparejada ejecucion; pero si el contrato anterior no fue válido por no intervenir la autoridad del curador, entonces el reconocimiento del tal contrato, aunque sea con curador, no la trae aparejada.

*Esc.* No lo entiendo muy bien.

*Ab.* Pues para que lo entiendas has de saber que por la ley 22, tít. 11, lib. 5 de la Recopilacion se prohibe á los hijos de familia y á los menores comprar y tomar en fiado, anulando el contrato ó fianza que por ellos se haga: supongamos que un menor tomó en fiado, y se obligó á pagar y dió recibo, como este contrato es nulo, por ser hecho contra el tenor de esta ley, sea el reconocimiento de él despues con intervencion del curador ó no, nunca traerá aparejada ejecucion, ni aun accion en la via ordinaria dará á su acreedor; pero si una obligacion legítima nacida de un contrato válido hecho con autoridad de su curador, le reconociese en juicio, así como de la obligacion y contrato válido nace accion contra él en la via ordinaria, así el reconocimiento judicial de esta legítima obligacion, aun sin curador, presta accion ejecutiva contra el menor al acreedor: que el reconocimiento del menor sin curador trae aparejada ejecucion (entendiéndose cuando la deuda es legítima) lo sienten conmigo el Gutierrez lib. 7, *práct. cuestion* 122, sin que la citada ley de la Recopilacion obste cuando el contra-

to reconocido es válido y legítimo, pues solo habla de que hijos de familia y menores no puedan hacer los contratos y obligaciones legítimas, no de que las legítimas obligaciones no puedan ser reconocidas en juicio por los menores.

*Esc.* Lo entiendo, y sigamos con las demas cosas que traen aparejada ejecucion.

*Ab.* Traen aparejada ejecucion los juros, situaciones y libranzas que se hacen por el Rey, ó quien para ello tiene facultad suya contra los tesoreros, cobradores y administradores de la real hacienda, ley 14, tít. 7, lib. 9 de la Recopilacion; tambien segun la ley 9, tít. 11 del mismo libro la traen los que se hacen en los arrendadores y otros deudores de la real hacienda, siendo por ellos aceptados judicialmente, ó por instrumento público: lo que se haya de ejecutar contra los tesoreros que no pagan dentro de tercero dia de como fueren requeridos con los recaudos lo puedes ver en la ley 23, tít. 16, lib. 9 de la Recopilacion.

*Esc.* Sigamos con las cosas que traen aparejada ejecucion.

*Ab.* La traen los instrumentos públicos y auténticos que hacen fe, aunque en ellos no haya cláusula guarenticia, pues segun nuestra ley y la 4, tít. 8, lib. 3 del Ordenamiento, no se requiere la citada cláusula.

*Esc.* ¿Y qué es cláusula guarenticia?

*Ab.* Es la que soleis poner los escribanos en los instrumentos, dando poder á las justicias para que puedan ejecutar como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

*Esc.* En el supuesto de que por nuestras leyes no es necesaria tal cláusula, ¿á qué viene el ponerla?

*Ab.* Por derecho comun de los romanos no traía el instrumento público aparejada ejecucion si no contenia la citada cláusula; y como porque así lo quisieron varios autores, se hizo en otro tiempo empeño de dar autoridad entre nosotros á aquel derecho, se introdujo sin duda el estilo de poner en los instrumentos la cláusula guarenticia que no es necesaria; pero los escribanos á eso dicen que lo que abunda no daña.


*Esc.* Y si muere el deudor obligado por instrumento público, ¿se podrá ejecutar á sus herederos?

*Ab.* Siempre que el heredero haya aceptado la herencia sin beneficio de inventario, y si aceptase con él, contra los bienes hasta donde alcancen, el instrumento público trae aparejada ejecucion, porque el heredero es un sucesor que en un todo sucede al difunto: con que representando la persona del difunto, así como pasan á él las acciones favorables, se dan contra él las contrarias hasta donde alcancen los bienes, si hubiese usado del beneficio del inventario; y *in solidum* si sin él hubiese aceptado la herencia tacita ó espresamente.

*Esc.* ¿Cuándo se dice que uno acepta la herencia espresa, y cuándo tácitamente?

*Ab.* Se dice espresamente cuando acude al juez, y dice que la acepta, y tácitamente cuando sin decir cosa alguna se entra en los bienes de la herencia, disponiendo como señor.

*Esc.* ¿Con qué segun lo que vmd. ha dicho de que el heredero sucede en las acciones del difunto, si el instrumento fuese á favor de él, tambien tendrá la accion ejecutiva para pedir contra el que en el instrumento se ha obligado al difunto?

*Ab.* Infieres bien; pues por la misma razon que el heredero es obligado, en su caso tiene la accion ejecutiva si el difunto á quien heredó fuese el acreedor, y tuviese instrumento público á su favor.

*Esc.* ¿Supongo que para que sé dé ejecucion será forzoso el que la deuda sea líquida y espresa en el instrumento?

*Ab.* El instrumento público en que consta deuda de cantidad no líquida no se puede ejecutar hasta que se liquide; pero sí luego que sea liquidada: en cuanto á si la obligacion ha de ser espresa en el instrumento digo, que tanto lo espresamente comprendido en el instrumento como lo tácitamente, siendo conjunto de ello y no separado se puede ejecutar; y así aunque en la carta é instrumento de dote en que el marido confiesa el recibo de la dote, no se

obligue espresamente á la restitucion, como conjunta la obligacion de restituir la dote y recibo de ella, trae aparejada ejecucion; pero si fuese separada, aunque tácitamente comprendida, no la trae.

*Esc.* Un ejemplo de cuándo está tácitamente comprendida la deuda y separada.

*Ab.* Haces un arrendamiento de una heredad por un año en veinte v. gr.: continúas despues mas años: tácitamente se entiende en el instrumento que has de pagar al mismo respecto de los veinte cada año mas que sigas; pero porque el arrendamiento de cada año es separado, el instrumento solo es ejecutivo por el año que comprende la obligacion espresamente, y por los demas años habrá que pedir en la via ordinaria, á no ser que en él espresamente se diga que si mas tiempo tuvieses la cosa pagarás al respecto de aquella cantidad estipulada en el instrumento, que entonces liquidándose, al respecto del importe del tiempo que hayas tenido la cosa en arrendamiento, podrá ejecutarse por ella; y así cuidado en los instrumentos de arrendamientos poner la citada cláusula de que haya de pagar al mismo respecto el tiempo mas que tuviese la cosa arrendada el colono ó inquilino.

*Esc.* Ya tendré cuidado con la advertencia, pues continuamente sucede que los arrendadores se queden mas años de los comprendidos en las primeras escrituras de arrendamientos sin hacer nueva contrata.

*Ab.* Así como cuando la cantidad es ilíquida, liquidada se puede ejecutar, lo mismo cuando la obligacion es condicional, ó desde cierto tiempo, luego que llegue el plazo, ó se verifique la condicion se puede ejecutar.

*Esc.* Ahora me ocurre una duda y es: supongamos que se hace un instrumento público, que en España trae aparejada ejecucion, en otro reino en donde no la traen aparejada, ¿se podrá pedir en España ejecucion en virtud de él?

*Ab.* Sí, porque como ya otra vez dijimos en las cosas que pertenecen al orden de los juicios, se ha de atender á la ley del lugar donde se deducen las acciones en juicio,



y no á la del de los contratos; y como en lugar del juicio, que supones ser en España, el instrumento público segun sus leyes tiene virtud ejecutiva debe ejecutarse; no al contrario el hecho en España en los reinos en donde segun sus leyes no traigan aparejada ejecucion tales públicos instrumentos.

*Esc.* Dígame vmd., ¿y si Pedro v. gr. me debe mil reales, ¿podré yo obligarle á que me haga instrumento público ejecutivo por la deuda?

*Ab.* No puede obligársele á que haga instrumento ejecutivo, porque sería gravarle á mas de lo que él estaba obligado, haciéndole dar á su acreedor accion ejecutiva que no tenia, pues solo tenia accion en la via ordinaria contra el deudor. Autores hay que dicen que se le puede obligar á que haga instrumento para mas fácil prueba de lo que debe y no ejecutivo, espresándose así en el instrumento.

*Esc.* ¿Y qué ventajas tiene la via ejecutiva á la ordinaria?

*Ab.* Que en la via ordinaria hay que seguir todos los trámites del derecho, y la sentencia que se dé no se puede ejecutar interponiendo la parte apelacion de ella: en la via ejecutiva se admiten solo las escepciones que las leyes prescriben, y se han de probar como dice esta ley en diez dias, los que principian á correr desde la oposicion de la ejecucion, y pasados los diez dias se da sentencia de remate, la que se ejecuta, dando la fianza de la ley de Toledo, sin embargo de que de la sentencia se interponga apelacion.

*Esc.* ¿Con qué esta ley se reduce á decir desde qué tiempo deben correr los diez dias?

*Ab.* Tambien dice que el remate se haga sin embargo de apelacion, dándose la fianza de la ley de Toledo.

*Esc.* Ya que tratamos del juicio ejecutivo dígame vmd. todo el orden que en él se observa.

*Ab.* Visto por el juez el documento que, segun lo ya dicho, traiga aparejada ejecucion, la manda despachar; el mandamiento habla con el alguacil mayor, su teniente ó otro cualquiera del juzgado, y este mandamiento se entrega á la parte que pidió la ejecucion; ley 17, tit. 21, lib. 4

de la Recopilacion; de modo que si se entregase al alguacil, y no á la parte, es nula la ejecucion; tambien lo será si el escribano no pusiese fe de la hora en que se trabase, y tendrá que pagar á la parte por esta omision todo el daño: ley 21 del mismo tít. y lib.

*Esc.* Lo que mas me interesa saber y no olvidar es lo que toca al oficio del escribano; ya tendré cuidado de no tener que pagar dinero alguno por semejante omision; pero dígame vmd., ¿qué fin pudo tener la ley en mandar que con pena de nulidad y del daño al escribano se cuidase de señalar la hora de la traba de ejecucion?

*Ab.* La misma ley manifiesta el motivo; ya sabrás de que los alguaciles en donde hay costumbre tienen la décima por las ejecuciones: de esta décima, segun esta ley, se liberta la parte si pagase dentro de veinte y cuatro horas de trabada la ejecucion; con que para que esto conste es forzoso el saber la hora; este encargo se hace al escribano con pena de nulidad, y los daños que se causen deben ser satisfechos por quien ha faltado al cumplimiento de esta ley.

*Esc.* Pues yo tengo entendido que no se debe décima pagando dentro de setenta y dos horas.

*Ab.* Así es lo cierto, porque hay otra ley mas moderna, que es la 30 del mismo título y libro de la Recopilacion, en que se manda no se pague décima haciendo el pago dentro de setenta y dos horas, para lo que el escribano tiene que dar fe de la en que se hace la traba de ejecucion, bajo la pena que dijimos y prescribe la citada ley 21.

*Esc.* ¿Y qué diferencia hay del caso en que el deudor pague dentro de veinte y cuatro ó de setenta y dos horas de la traba de ejecucion?

*Ab.* Algunos hacen la diferencia de que depositando el deudor antes de las veinte y cuatro horas, se liberta de todas las costas, aun las del escribano y abogado; pero si fuese dentro de setenta y dos, solo de la décima: yo juzgo que los que esto dicen es porque así lo han visto practicar en algunas partes; pero esta práctica en donde la haya, que no hace ley por no ser general, ni constante, ni con noticia del príncipe, la juzgo contraria ó no conforme al espíritu de las mismas leyes en que se fundan.



*Esc.* Quisiera saber en qué consista la mala inteligencia de estas leyes, y cuál es la genuina y verdadera.

*Ab.* Para la verdadera inteligencia y conocimiento del espíritu sepas primero que las décimas son derechos que corresponden á los alguaciles ó jueces que traben las ejecuciones, que sobre los derechos de ellas habia varios abusos y escesos; que para contenerlos no solo se mandó que no puedan llevar las décimas, sino es despues de contentos y pagados los acreedores, y sí que por cortar los abusos de llevar derechos de ejecucion, y ademas las décimas, se manda que por todos los derechos solo se llevasen las décimas en donde hubiese costumbre de llevarlas, y no en donde no la hubiese; y si menos solo lo que hubiese costumbre, todo en la ley 7, tít. 31 del lib. 4 de la Recopilacion. De ella se infiere que los derechos de ejecucion, que son los que corresponden al alguacil ó ministro que la traba, en unas partes es la décima, y en otras no hay décima, sí solo ciertos derechos de ejecucion, que como sustituidos en vez de décima se llaman décima. Yo sé de juzgado en donde los derechos de ejecucion, ó que se les da el nombre de décima, no llegan á seis reales en todas las ejecuciones, aunque la cantidad sea de veinte mil pesos: las leyes que hablan de dispensa á los deudores de las décimas cuando pagan voluntariamente en el tiempo que señalan, que son las 21, 22, 23 y 30 del tít. 21, lib. 4 de la Recopilacion, nada dicen de costas de escribano ni de abogado, ni de mas que el acreedor hace en diligencias de cobrar sus créditos, y solo hablan de los derechos que por la ejecucion corresponden á los alguaciles ó merinos, que no devengan hasta que se halle contento y pago el acreedor; y asi estos solo son de los que se exime el deudor pagando voluntariamente en el tiempo que las leyes señalan, de que ningun perjuicio reporta la parte acreedora, y sí solo escluye de ellos á los ejecutores; y con razon, porque concediéndoles á estos las décimas por todas las diligencias que hay que hacer hasta que el acreedor quede pago y satisfecho, si el deudor viene

consignando en el tiempo que la ley señala, pocas diligencias y trabajo tiene el ejecutor alguacil ó merino que practicar, y con razon se les escluye de unos derechos que se les concedieron por todas las diligencias y trabajo que tenian que hacer en la via ejecutiva hasta el efectivo é íntegro pago; pero ni hay razon, ni la ley lo dice, para que el deudor que no haya querido pagar, y da motivo á que el acreedor gaste en sacar el instrumento, pagar al letrado, procurador, escribano, y otros gastos para demandarle ejecutivamente, no le resarza estos daños y costas, porque consigna la cantidad dentro de veinte y cuatro horas; pero sí la hay para que sin perjuicio del acreedor sea dispensado de la décima ó derechos de ejecucion que al alguacil se le conceden por todas las diligencias de la via ejecutiva, que las mas le ahorra el deudor consignando en el tiempo que las leyes para eximirle de décimas le prescribe.

*Esc.* ¿Con que de ese modo no hay diferencia de que el deudor consigne en las veinte y cuatro horas, ó en las setenta y dos, y en uno y otro caso deberá pagar las costas que haya ocasionado á la parte del acreedor?

*Ab.* Sin duda que las costas que el deudor haya ocasionado por no pagar antes de dar motivo á la ejecucion, esto es, cuando estrajudicialmente ha sido pedida la paga, las debe satisfacer, porque ni hay razon para lo contrario, ni las leyes lo dicen; pero aunque podemos dar alguna diferencia ó tolerarla, porque no dice repugnancia con el espíritu de las leyes, será solo que cuando el acreedor pague dentro de veinte y cuatro horas, segun la ley 22 no solo el alguacil ó merino (porque la parte acreedora nada debe pagar) no devenga la décima en los pueblos en donde hay costumbre de pagarse, sino que en los que no la hay, y sí solo derechos de ejecucion, tambien le priva de ellos la ley; pero en el caso de que la consignacion no sea hasta despues de las veinte y cuatro horas y antes de las setenta y dos, como la ley 30 solo habla de las décimas, aunque por ella al alguacil ó merino se le escluye de la décima, no se le escluye como por la ley 22 de los derechos de ejecucion, caso de no haber décima, segun la costumbre, por la traba



que ha hecho; y esta es cuando mas la diferencia que puede darse de un caso á otro, y no la de las costas, en que tanto perjüicio se le causaria al acreedor por la malicia y no solvencia del deudor, que no intentan ni quieren las citadas leyes.

*Esc.* Con que en sustancia ¿el que ha de perder sus derechos ó de décima, ó de costas de ejecucion, pagando á las veinte y cuatro horas, ó solo de décima pagando á las setenta y dos, es el alguacil ó merino ejecutor, pero no el acreedor?

*Ab.* Es constante: el acreedor siempre que haya pedido estrajudicialmente la deuda antes de intimar la ejecucion, y el deudor no le haya pagado, debe ser reintegrado, aunque á la hora deposite ó pague el deudor todas las costas que se le han ocasionado, á escepcion de los derechos de ejecucion que haya satisfecho al alguacil ó merino, que estos deben devolverse por aquellos, y no por el deudor que dió motivo á la ejecucion.

*Esc.* ¿Y por qué el alguacil ó merino han de volver los derechos de ejecucion que hayan cobrado, y el abogado, procurador, escribano &c. no?

*Ab.* Porque el abogado, procurador y escribano trabajando para quien no es pobre, desde el instante que concluyeron sus trabajos adquirieron sus justos derechos, que debió satisfacer aquel á cuya instancia trabajaron: el alguacil ó merino las décimas ó derechos de ejecucion no los devengan segun nuestras leyes hasta que el deudor esté satisfecho; con que cobrando antes cobraron lo que no se les debia, y asi lo deben devolver cuando llega el caso de la paga en los casos de las leyes 22 y 30. Estas les escluyen de ellos en sus casos, con que como indebidos deben devolverlos al acreedor, y no debe pagarlos el deudor, como las demas costas que su malicia ó morosidad en no pagar ha hecho gastar á su acreedor.

*Esc.* Quedo inteligenciado; y para evitar contiendas procuraré el no dar los derechos de ejecucion al alguacil ó juez que trabe la ejecucion hasta que pasen las veinte y cuatro horas, si actuase en juzgado en donde no se pague

décima, y los devolveré el ejecutante en caso de consignacion dentro de ellas.

*Ab.* Harás muy bien, porque sino el alguacil se quedará con ellos, y la parte por no pedírselos, aun contra su voluntad los perderá.

*Esc.* Sigamos los trámites de la via ejecutiva.

*Ab.* Despachado el mandamiento de ejecucion y entregado á la parte, esta cuando le parece requiere con él al alguacil con quien habla el mandamiento, y este con el escribano pasa á hacer la traba que se ha de ejecutar en los bienes que nombre el deudor, muebles, y en falta de ellos en raices, y el deudor dará la fianza de saneamiento, todo como se manda en la ley 19, tít. 21, lib. 4 de la Recopilacion, y no dándola debe ser preso.

*Esc.* Supongo que esto se entenderá con los que pueden ser presos por deudas.

*Ab.* Se supone: que si los deudores tienen privilegio por las leyes para no ser presos, no lo serán, aunque no den la fianza de saneamiento. Ya dijimos que los hijosdalgo con tal que la deuda no proceda de delito ó cuasi delito no pueden ser presos, que es la ley 4, tít. 2, lib. 6 de la Recopilacion: lo mismo los doctores y licenciados en facultad mayor, ley 6, tít. 3, lib. 6 de la Recopilacion: tambien hemos dicho que las mugeres no pueden ser presas por deudas, ley 8, tít. 3, lib. 5 de la Recopilacion: tambien sabes por la pragmática de 27 de mayo de 1786, que no pueden serlo en cárceles los dependientes de fábricas, los que profesan artes y oficios, no siendo por deuda fiscal, ó que venga de delito ó cuasi delito.

*Esc.* Y qué ¿hay algunos mas que los dichos que no puedan ser presos por deudas?

*Ab.* No pueden ser presos los labradores, salvo por deudas reales ó procedidas de delitos: ademas de las leyes de la Recopilacion que tratan de los privilegios de los labradores la citada pragmática-sancion de 27 de mayo de 1786, y segun las leyes 10 y 11, título 7 del libro 6 de la Recopilacion, ni los procuradores de los pueblos que estan en la corte, ni el que hubiere tenido por tres años



continuos doce yeguas de casta pueden ser presos por deudas.

*Esc.* Tambien creo que haya cosas privilegiadas en las que no se puede trabar la ejecucion.

*Ab.* No se puede trabar segun varias leyes de estos reinos y pragmática de 27 de mayo de 1786 en los instrumentos destinados á los respectivos oficios y manufacturas de los operarios de todas las fábricas de estos reinos, ni en los aperos y ganados de labor de los labradores, á no ser por deudas fiscales, diezmos, y rentas eclesiásticas y señoriles, como puedes ver en las leyes 25, 26 y 28, tít. 21, lib. 4 de la Recopilacion: igualmente no pueden ser ejecutados los labradores en cien cabezas de ganado lanar que les deben quedar reservadas para calentar la tierra, salvo por lo que debieren de diezmos ó de sustento del mismo ganado, ley 29 del mismo título y libro.

*Esc.* ¿Y que mas cosas no pueden ser ejecutadas?

*Ab.* Las yeguas destinadas para la cria de los caballos de casta, ley 2, cap. 6, y ley 3, cap. 4, tít. 17, lib. 6 Recopilacion: los naves que fuera del reino vienen con mercaderías, á no ser que los deudores las nombren para ser ejecutadas, ley 12, tít. 17, lib. 5 Recopilacion: ni pueden ser ejecutadas las casas (se entiende que habitan), armas y caballos de que usan los caballeros é hijosdalgo, ley 3, tít. 2, lib. 6 Recopilacion: ni en los sueldos de los militares, ley 3, tít. 27, Part. 3: ni en los libros de los abogados y estudiantes por equipararse á las armas, ley 3, tít. 10, Part. 2, y la ley 1, tít. 2, Part. 2: ni se puede hacer ejecucion en la cama y vestido necesario al uso ordinario de cualquiera persona, como se da á entender en la ley 4, tít. 3, Partida 5, y la 20, tít. 12, lib. 1 de la Recopilacion: ni por las deudas del concejo pueden ser ejecutadas las cosas destinadas al uso público, ni las privativas de los vecinos, ley 7, tít. 17, lib. 5 Recopilacion.

*Esc.* Pues de ese modo ¿qué cosas son las que pueden ser ejecutadas para las pagas de las deudas del concejo?

*Ab.* Las que se llaman *universitatis*, y en España de propios que acostumbran arrendarse, y no á disfrutarse de

comun aprovechamiento, á no ser pagando cada vecino por justa tasacion el aprovechamiento: estas cosas son las que pueden ser ejecutadas por las deudas del concejo y ciudad, y no las que, aunque su propiedad corresponda á los propios, su uso es de todos necesariamente ó á todos necesario, como son fuentes, teatros, plazas, casas de cabildo &c., ley 7, tít. 17, lib. 5 Recop.: ni se puede hacer ejecucion por las deudas del concejo en los pósitos, ni alhóndigas del pan, ley 16, tít. 21, lib. 4 Recopilacion.

*Esc.* ¿Y en los bienes de mayorazgo se puede hacer ejecucion?

*Ab.* No, pero sí en sus rentas: ni puede hacerse ejecucion en el derecho que uno tiene á que otro le dé alimentos; pero sí en la cantidad que se le deba por razon de tales alimentos, dejándole los precisos, y embargándole la parte que se crea no precisa de necesidad para vivir; y asi hoy comunmente en los sueldos, rentas de mayorazgos, alimentos debidos &c. para la paga de acreedores se embarga la tercera parte.

*Esc.* ¿Se puede hacer ejecucion en el cuerpo del deudor, deteniendo é impidiendo el que se entierre por alguna deuda privilegiada?

*Ab.* Las leyes 12 y 13, tít. 9, Part. 7, y la final tít. 19, Part. 1, dicen que por deuda no puede ser detenido ni impedido el entierro de cuerpo muerto, y menos se podrá hacer ejecucion en las cosas sagradas destinadas al culto divino, ni en las capillas y sepulturas, ni en el derecho de patronato, á no ser que concurra con todos los bienes universalmente, de modo que el derecho de patronato sea accesorio de los bienes embargados, y no principal.

*Esc.* Sabido ya las personas exentas de ser presas por deudas, y las cosas que no pueden ser ejecutadas, sigamos con la causa ejecutiva.

*Ab.* Para hacer pago al acreedor, caso que el deudor no consigne la deuda, es forzoso vender los bienes ejecutados, y esto se ha de hacer en pública almoneda, para lo que se dan tres pregones de tres en tres dias si fueren los bienes muebles, y si raices de nueve en nueve, ley 19, tít. 25,



lib. 4 de la Recopilacion. El primero de los pregones se ha de dar en el lugar del juicio, ley 36, tít. 4, lib. 3 de la Recopilacion; bien que el deudor puede renunciar los pregones y sus términos, ó solo los pregones gozando de sus términos.

*Esc.* Y pasado el término de los pregones ¿qué es lo que se debe hacer?

*Ab.* Citar al deudor de remate, á fin de que dentro de tres dias ó pague ó alegue sus escepciones (la citada ley 19): en el referido término de tres dias si quisiere oponerse el deudor, lo puede hacer alegando sus escepciones, que ha de probar dentro del término de diez dias que esta ley de Toro señala.

*Esc.* ¿Y qué escepciones son las que se deben admitir contra los instrumentos y cosas que traen aparejada ejecucion?

*Ab.* Segun la ley 1, tít. 27, lib. 4 Recopilacion se admiten paga de deuda, pacto de no pedir, escepcion de falsedad, usura, fuerza, y otras legítimas, con tal que en el término de los diez dias las pruebe, pues no bastan alegarlas para que le aprovechen.

*Esc.* Y si el deudor no se opusiere dentro de los tres dias alegando escepcion, ¿qué se debe hacer?

*Ab.* Puede sentenciarse de remate la causa, pero no sentenciarla: si el deudor se opusiere aun despues del término de la citacion de remate, se le debe admitir la escepcion, porque el deudor que se opone antes de la sentencia de remate no se ha constituido en mora; y aun pasados los dias de la citacion, si la causa está sin juzgarse puede probar sus escepciones.

*Esc.* Sigamos con la causa ejecutiva.

*Ab.* Opuesto el deudor á la ejecucion, se da traslado de la oposicion al acreedor, habiéndosele por opuesto al deudor, y se les encargan los diez dias que la ley da para probar sus escepciones, que corren los dias, aun caso que el juez no los asignara, desde el de la oposicion, porque son asignados por las leyes, una de ellas es la que vamos esplicando: los mismos diez dias tiene el acreedor para probar lo

contrario del deudor, porque los términos de la prueba siempre son comunes á las partes.

*Esc.* ¿Y podrá el juez prorogar los diez dias?

*Ab.* A peticion del acreedor sí, porque los términos de la prueba estan en su favor restringidos á los diez dias: pero no á instancia del deudor.

*Esc.* ¿Con que segun nuestra ley pasados los diez dias se da la sentencia de remate?

*Ab.* Sí: el juez debe sentenciar la causa de remate mandando continuar la ejecucion, ó en caso de que el deudor haya probado sus escepciones anulando la ejecucion, y declarando no haber lugar á la sentencia de remate, con las costas al ejecutante, asi como cuando se manda llevar adelante la ejecucion siempre es por la deuda principal, décima y costas.

*Esc.* ¿Con que de esta sentencia de remate no hay apelacion?

*Ab.* La sentencia de remate, dando el acreedor la fianza de la ley de Toledo, se ejecuta sin embargo de apelacion, admitiéndose solo en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo.

*Esc.* Espliqueme vmd. qué es derecho devolutivo, y qué es suspensivo.

*Ab.* La apelacion tiene dos efectos, que son suspender la jurisdiccion del juez que sentencia, y devolver el conocimiento de aquella causa al juez para quien se apela. Cuando una sentencia se admite lisa y llanamente se entiende admitida en todos sus efectos; y asi no solo pasa al superior el conocimiento de la causa, sino que el inferior queda suspendido de la jurisdiccion que tenia para conocer en ella, y ejecutar su sentencia; pero cuando la apelacion no se debe admitir en ambos efectos, como en el caso de esta ley, se admite solo en el devolutivo, para que el juez superior conozca de la justicia de la sentencia; mas se queda el juez inferior con el conocimiento de la causa para ejecutar la sentencia. En la de remate manda la ley que se ejecute dándose la fianza de la ley de Toledo, no obstante que se interponga apelacion, y para ejecutarse es forzoso el que en el juez



haya jurisdiccion: con que no puede ser admitida en el efecto suspensivo, porque si lo fuese no podria el juez suspenso de la jurisdiccion ejecutar la sentencia como se manda por nuestra ley.

*Esc.* Advierto que dice que se ejecute la sentencia, no solo sin embargo de apelacion, sí tambien aunque se alegue ó diga de cualquiera nulidad: y me ocurre el preguntar ¿si el deudor opusiere nulidad de la sentencia de remate, por decir que el juez no es competente, se deberia suspender la ejecucion?

*Ab.* Tocaste una cuestion en que algunos autores regnícolas dicen que la escepcion de nulidad por defecto de jurisdiccion impide la ejecucion, no obstante la espresion de la ley: »ó cualesquiera nulidad que contra la dicha eje- »cucion y remate se alegue;" pero á mí me parece que es tomarse mas facultades que las que corresponden á los intérpretes contra una espresion tan terminante de la ley, como es la de »ó cualquiera nulidad que contra la dicha eje- »cucion se alegue."

*Esc.* Veamos los fundamentos que estos autores tienen para su opinion.

*Ab.* Se fundan en que para que una sentencia se diga sentencia es preciso que se dé jurisdiccion en el que la pronuncia, esta es la razon mas fuerte; pero pregunto: ¿los legisladores de esta ley ignoraban esta doctrina? ¿ignoraban que habia escepcion de nulidad por defecto de jurisdiccion? Díganme esos autores: ¿sentencia nula y ninguna no es lo mismo? ¿y será sentencia la que sea nula, sea por el defecto que sea? La sentencia nula no es sentencia mas que material: al contrario la injusta, que es verdadera, aunque mala é injusta sentencia; pero tan ninguna es la sentencia nula por defecto de jurisdiccion, como por otro defecto de los que anulan las sentencias; y no obstante como hasta que se declare por el superior la nulidad de ella no consta que lo sea, quiso la ley por evitar maliciosas dilaciones en perjuicio de los acreedores, que dando la fianza de la ley de Toledo se ejecutasen las sentencias de remate, aun aquella contra la que se alegue cualquiera nulidad; y aunque quisieran

decir que el defecto de justicia, sentenciada la causa, solo el superior le puede remediar, pero que el conocimiento de nulidad le corresponde al juez inferior, nada hace al caso, pues eso sucede en toda nulidad; y no obstante la ley quiso en favor de los acreedores, por evitar maliciosas dilaciones de los deudores, el que la escepcion de nulidad no impidiese la ejecucion de la sentencia de remate.

*Esc.* Sin duda que la razon de los tales autores hace muy poca fuerza; mas pregunto: ¿si la nulidad por defecto de jurisdiccion fuese notoria, deberá de suspenderse la sentencia de remate?

*Ab.* Ese es otro punto: la ley solo dice cualquiera nulidad que se alegare, no dice que se probare ó fuese notoria: si de los autos notoriamente resultare no solo la nulidad por defecto de jurisdiccion, sino cualesquiera otra, opino que deberá el juez suspender la ejecucion, y declarar la nulidad de la sentencia; pero no si hubiese duda, y se necesitare discusion: cualquiera que sea la duda no se debe suspender por la escepcion de nulidad de la sentencia de remate; y siendo notoria de los autos toda nulidad, la debe suspender, porque entonces no solo es alegada, sino probada, de que no habla la ley, lo mismo la de defecto de jurisdiccion que cualquiera otra nulidad.

*Esc.* Digo que ha sido voluntariedad de esos autores, diciendo la ley »cualquiera nulidad que alegare," el querer hacer diferencia en la nulidad el que sea por defecto de jurisdiccion, ó por otro cualquiera que anule la sentencia. Sigamos con la via ejecutiva.

*Ab.* Despues de la sentencia de remate se pasa á hacer adjudicacion de los bienes ejecutados en el mejor postor, y se da el cuarto pregon antes á ellos. Dije en el mejor postor, porque si el de mayor postura no fuese de mejor condicion y utilidad, no basta el que sea mayor, aunque regularmente hablando la mayor postura es la mejor; si hubiese dos posturas en todo iguales se ha de hacer el remate en la primera, pues la segunda no lo es. Has de tener presente que, segun la ley 11, tít. 10, lib. 9 de la Recopilacion, en los arrendamientos de las rentas reales en dos posturas iguales,



la de natural de estos reinos ha de ser preferida á la del estrangero.

*Esc.* Dígame vmd. si uno hace postura á los bienes que se venden en almoneda, y otro mejora, ¿queda libre el de la primera postura en el caso de que el mejorante quiebre ó no tenga con que pagar?

*Ab.* Siendo aceptada la segunda postura, y no de otro modo, queda libre el primer postor en todo caso, á escepcion del arrendamiento de rentas reales, segun varias leyes del título 12, lib. 9 de la Recopilacion, que conceden á la real hacienda el torno ó vuelta al primer postor quebrando la del segundo; de modo que en el arrendamiento de rentas reales los postores no quedan libres por la mejora de los segundos y posteriores ponedores, aunque sean aceptadas por la real hacienda.

*Esc.* Y hecho el remate en los bienes ejecutados, ¿se puede admitir mejora para segundo remate?

*Ab.* Hecho el remate en el lugar y forma acostumbrada, y guardándose en la almoneda la justificacion debida, sin fraude ni defecto que anule el contrato de venta hecho en el remate, no se puede admitir puja ni mejora para segundo: es escepcion el de rentas reales en la forma que prescriben las leyes del tít. 13, lib. 9 de la Recopilacion. Cuidado que esta prerogativa de abrir segundos remates no tienen las cosas de señores y grandes, á no ser que se publiquen con esta condicion, que en tal caso en todos los remates se dará segundo, porque el contrato entre el dueño de la cosa y el postor, como que no perjudica á tercero, debe observarse, y en los arrendamientos de propios está mandado por el Consejo en acuerdo de 27 de abril de 1771 se condicione espresamente que han de correr las reglas y condiciones con que se hacen los remates de las rentas reales.

*Esc.* ¿Y en las cosas de los menores ha lugar á segundo remate?

*Ab.* En rigor no hay segundo remate; pero viene á haberle pidiéndose restitucion, pues en este caso siendo de grande utilidad, la puja nueva se debe admitir, y no de otra suerte, segun la ley 5, tít. 9 de la Partida 6, pidiéndose

la restitucion dentro de la menor edad, hasta cuatro años.

*Esc.* ¿Y en las cosas de las repúblicas se da restitucion como en las cosas de los menores?

*Ab.* Sí, y en las de las iglesias: por lo que en los remates de los arrendamientos de bienes de propios, y en los de los abastos de los pueblos se ha admitido siempre segundo remate por via de restitucion, cuando la puja ó mejora despues del remate llegó á la sesta parte; pero habiendo la esperiencia enseñado el que no es conveniente á los pueblos el admitirla en los arrendamientos de abastos, siempre que por los ayuntamientos se hayan hecho sin fraude, y con todas las precauciones anteriores que sean bastante á convocar licitadores, ya no se admiten, segun nueva resolucion del Consejo, á lo menos en los abastos de carnes de que habla (que por identidad de razon se suelen estender á los demas). Es la real provision de 10 de mayo de 1784.

*Esc.* Pregunto: ¿y en los arrendamientos de propios y demas cosas en que es la república interesada, que no son abastos, se da restitucion, y en virtud de ella admision de mejora, que llegue á la sesta parte despues del primer remate, aun despues de la citada provision del Consejo?

*Ab.* Sí que se da restitucion; y la razon es, lo uno porque la citada orden de 84 no habla mas que de abastos; lo otro porque no hay identidad de razon, pues en las admisiones de los de los abastos hay los perjuicios de retraer los postores, y en las mejoras de sesta parte de los demas bienes de la república es evidente aquella utilidad sin perjuicio alguno.

*Esc.* Y si del precio de los bienes rematados no alcanzase para pagar principal, décima y costas (que supongo es preciso para finalizar la via ejecutiva), y dado el mandamiento de apremio contra el deudor y fiador de saneamiento, este pagase, ¿qué accion le compete para cobrar contra el principal?

*Ab.* Segun opinion comun y de autores clásicos la ejecutiva, como compete á todo fiador de lo juzgado que paga por el principal deudor.

*Esc.* ¿Y cuándo no se halle comprador á los bienes, el acreedor puede ser compelido á tomarlos en pago?



*Ab.* Aunque hay autores que dicen que sí, como á él solo es á quien interesa, lo regular y lo que se practica es que el acreedor ó los pide *in solutum*, esto es, en pago por el precio de la estimacion, ó en posesion prendaria si son bienes fructíferos, en cuyo caso va cobrando de los frutos que producen.

*Esc.* Ya sé qué es posesion prendaria: todos los dias está sucediendo el darse los bienes en posesion prendaria á los ejecutantes por defecto de compradores. Pregunto: y si la cosa se vendiere, y luego saliese no ser del deudor, y sí agena, ¿será obligado el acreedor al saneamiento?

*Ab.* No: queda obligado el deudor y fiador, pero no el acreedor, á no ser que se obligase al comprador ó supiese que la cosa no era del deudor, y la hubiese el acreedor nombrado para la ejecucion, y no en otra manera será obligado al saneamiento, es la ley 51, tít. 3 de la Partida 5.

*Esc.* ¿Y hecho el remate de bienes tiene algun tiempo el deudor para sacarlos pagando el precio?

*Ab.* No hay ley que dé derecho alguno; pero autores clásicos, que son Castillo en la ley 70 de Toro, verbo *Remate*, Covarrubias, lib. 2, *Variarum*, cap. 11, n. 3, y Diego Perez en la ley 4, tít. 8, cap. 1, lib. 8 del Ordenamiento, y otros varios dicen que hay costumbre de que se puedan sacar por el deudor despues de la adjudicacion al acreedor, ó de la venta en el almoneda, dando el dinero dentro de tres dias si fuesen muebles, y si inmuebles dentro de nueve: como la costumbre tiene fuerza de ley debe observarse.

*Esc.* Dígame vmd., y si hubiese daño en la venta de los bienes ¿tendrá el menor restitucion?

*Ab.* El menor tiene restitucion *in integrum* dentro de cuatro años despues de la menor edad y en toda ella, contra la venta de sus bienes hechos en almoneda probando el daño, segun consta de las leyes 47, tít. 1, Part. 5, y las 8 y 9, tít. 19, Part. 6; y tambien la tienen los ausentes en servicio de Dios, en el del Rey y de la república: la misma ley 47 se entiende que unos y otros han de dar el precio.

*Esc.* Y dígame vmd. ¿podrá el acreedor comprar en almoneda los bienes por sí ó por interpósita persona?

*Ab.* No: y si lo ejecutase es nula la venta, y tiene que restituir los bienes comprados con los frutos; pero bien puede, como ya hemos dicho, pedir que se le adjudiquen en pago por su justo precio si no hay comprador: ley 6, título 27, Part. 3.

*Esc.* Vamos con la última pregunta: dígame vmd. si interviniese en la venta del almoneda lesion enorme ó enormísima, ¿tendrán los deudores la misma accion para rescindirla que en otra cualesquiera?

*Ab.* Sí; y probada la lesion se vuelven á pregonar los bienes, aunque el remate se haya ejecutado por tribunal superior, y no solo compete la accion al deudor en caso de lesion enorme ó enormísima, sí tambien al segundo acreedor contra la adjudicacion y venta hecha á la instancia del primero, segun el señor Salgado y Olea.

*Esc.* Pues sigamos otra ley.

*Ab.* Sepas por último que la sentencia de remate no pasa en autoridad de cosa juzgada, y ella no obstante se puede tratar en juicio ordinario la causa ante el mismo juez; y que hoy en la práctica de Madrid sin ejecutarse la sentencia de remate se apela al Consejo; y tambien que segun las leyes de la Recopilacion, ley 22 del tít. 8, lib. 2, y la 33, tít 4, lib. 3, ni juez ni alguacil ó ministro de justicia pueden comprar las cosas de almoneda. Vamos á otra ley.

## LEY LXV.

*La interrupcion en la posesion interrumpa la prescripcion en la propiedad; y por el contrario, la interrupcion en la propiedad interrumpa la prescripcion en la posesion.*

### COMENTARIO.

*Esc.* Ni una palabra que entiendo de la tal ley: ya se ve, si no entiendo bien ni qué es propiedad, qué posesion, ni qué es prescripcion, ¿cómo he de entender la ley?



*Ab.* Con que estás convencido de que no basta de que las cosas estén en castellano para entenderlas, si no se entienden los supuestos que se hacen; y por lo mismo que en todos los oficios y facultades es forzoso saber y entender las materias para comprender sin equivocaciones las órdenes que se den acerca de ellas.

*Esc.* Asi es lo cierto: y si lo negase estaba convencido con la ley presente, que aunque está en castellano, como no entiendo lo que supone, esto es lo que es propiedad, qué posesion y qué prescripcion, me he quedado en ayunas; y lo mismo sucederá á todos los escribanos que no tengan mas instruccion que la que se enseña en los oficios de sus maestros.

*Ab.* No es mucho que no sepas qué es prescripcion, porque no hemos tratado de ella; pero de la propiedad ó dominio y de la posesion ya hemos tratado. ¿Te se ha olvidado que el dominio es el derecho de disponer de una cosa como suya, á menos que la ley lo prohiba, y que la posesion es el derecho de estar en la cosa, aunque no sea suya, que no está prohibida el poseerse?

*Esc.* Como dice propiedad y no dominio no lo entendia: dígame vmd. ¿qué es prescripcion?

*Ab.* Prescripcion y usucapion (que aqui para el efecto de que habla la ley es lo mismo) es la adquisicion del dominio de la cosa que era agena, por la continuacion de la posesion por el tiempo que las leyes han señalado: porque los dominios de las cosas no esten inciertos, y en pena de los descuidados se ha inventado por el derecho civil un modo de adquirir el dominio, que se llama usucapion ó prescripcion, dándose el nombre de prescripcion generalmente, y el de usucapion al de aquellas cosas que necesitan menos tiempo de posesion.

*Esc.* ¿Con qué para el efecto de esta ley lo mismo es prescripcion que usucapion?

*Ab.* Ya te he dicho que el nombre de prescripcion es general, y por eso esta ley no dice la usucapion, sino la prescripcion, y ahora solo te falta saber qué es interrupcion.

*Esc.* ¿Qué es interrupcion?

*Ab.* No es otra cosa que el impedimento de continuar la usucapion ó prescripcion principiada, ó aquella parte de derecho que el poseedor habia adquirido, que se llama *jus usucapiendi.* Por la razon dicha de que los dominios de las cosas no esten en incierto introdujo el derecho civil las usucapiones, esto es, dió al uso de la posesion de las cosas agenas por diez años entre presentes, veinte entre ausentes, virtud civil de transferir el dominio al poseedor con los requisitos de que ademas de los años de posesion haya de tener justo título y buena fe, requiriéndose el que esta posesion sea continuada por el tiempo que la ley ha señalado en cada cosa; de que resulta que interrumpida la posesion no vale ni puede contarse el tiempo pasado con el futuro ó posterior á la interrupcion.

*Esc.* Ya voy entendiendo algo de la ley.

*Ab.* Pues ahora nuestra ley dice: que si á uno se le interrumpiese en la posesion de una cosa quede interrumpida la prescripcion ó poder prescribir la propiedad.

*Esc.* Un ejemplo.

*Ab.* Supon de que está uno poseyendo con buena fe y justo título una cosa tuya: se ausenta antes de que pase el tiempo prefinido por la ley, y tú te apoderas de ella, y le interrumpes la posesion, ya queda interrumpida la prescripcion y el derecho de prescribir la propiedad y dominio que iba continuando, y lo mismo en cualesquiera de los demas casos en que se haya interrumpido la posesion.

*Esc.* Lo entiendo; pues ahora un ejemplo para que yo entienda cómo interrumpida la propiedad se interrumpe la prescripcion en la posesion.

*Ab.* Supon el mismo caso de que estando en posesion con título y buena fe le demandas, diciendo que aquella cosa te pertenece á tí porque es tuya: no tienes posesion ni puedes intentar remedio alguno posesorio, pero tienes títulos de pertenencia: por esta demanda no se le impide la posesion pues continúa en ella: esta interrupcion en la propiedad ó acerca de la propiedad hace que se interrumpa la prescripcion, ó que siga la posesion aprovechándole; y así si murieses y dejases el pleito, no pudiera aprovecharse del tiempo pasado para decir que habia prescripto la cosa, no obstante de que habia continuado en la posesion sin interrumpirla; pues segun esta ley basta la interrupcion acerca de la propiedad para que quedase interrumpida en los efectos civiles la prescripcion en la posesion, ó que le pudiese aprovechar para la prescripcion la posesion que anteriormente habia tenido, y en la que civil y naturalmente continuaba; pues estaba civilmente interrumpida, aunque seguia poseyéndola civilmente: ya sabes en qué consiste, ó qué es posesion solo natural, y cuál natural y civil.



*Esc.* Y tambien cuál es solo civil, y podemos pasar á otra ley.

## LEY LXVI.

*Ninguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero que le sea puesta sin que preceda informacion de la deuda, á lo menos sumaria de testigos ó de escritura auténtica.*

## COMENTARIO.

*Esc.* No entiendo qué es arraigar.

*Ab.* Arraigar es lo mismo que dar fianzas suficientes hasta en cantidad de la deuda, pues en los casos en que se pueda obligar al deudor á se arraigar por demanda de dinero que le sea puesta, que no sea obligado de hacerlo sin que preceda informacion de la deuda, ó por sumaria de testigos lo menos, ó por escritura auténtica, es el sentido de la ley.

*Esc.* Ahora me falta saber en qué casos el deudor á quien se le demande por dineros sea obligado á se arraigar.

*Ab.* Para la perfecta inteligencia conviene sepas que por derecho antiguo de los romanos todo el que era demandado en juicio por accion real sobre dominio, cuasi dominio ú otra cualquiera accion real, él ó su procurador estaba obligado á afianzar el pagar lo juzgado y sentenciado, que dicen los juristas *judicatum solvere.* El que era demandado por

accion personal, deuda de dinero &c., no estaba obligado á afianzar, pero sí su procurador. Por derecho mas nuevo solo habia la obligacion en cualquiera causa, fuese de accion real ó personal, de afianzar el asistir ó permanecer en el juicio, que llaman los jurisconsultos *juditio sisti*; pero la obligacion de afianzar, que nuestra ley llama arraigar, no comprende á todos los demandados por accion personal y deuda de dinero sino en ciertos casos.

*Esc.* Pues eso es lo que yo queria saber los casos en que haya obligacion á se arraigar el reo demandado por deuda de dinero.

*Ab.* Todo el que posea bienes raices ó inmuebles no tiene obligacion á se arraigar: en sustancia solo está obligado el pobre y sospechoso por la presuncion de que no asistirá al juicio, porque la fianza es de *juditio sisti*, no de pagar la deuda; y por lo mismo hoy será poco útil, pues no sirviendo para mas que para que el deudor no haga fuga, conteste y asista al juicio, poco interes tiene el acreedor regularmente: no obstante hay algun otro caso en que puede ser útil la tal fianza.

*Esc.* ¿Y en qué caso podrá ser útil la tal fianza?

*Ab.* Cuando uno debe dinero y no tiene bienes raices, y se puede recelar, teniendo bienes muebles, alhajas y dinero, viendo el pleito mal parado hácia él, se fugue á lo mejor del tiempo; á este convendrá, siendo sospechoso de que pueda hacer fuga, el que afiance asistir al juicio.

*Esc.* ¿Con qué el que se arraigó por demanda de dinero, y no se huye, pero es convencido en juicio, si luego no tuviese con que pagar el deudor será obligado el fiador?

*Ab.* No: porque eso fuera fianza de pagar lo juzgado, y ya dije que la fianza que por derecho comun mas moderno tiene que dar el reo demandado es solo de asistir á juicio para evitar la fuga; con que no huyéndose, y cumpliendo con asistir al juicio, el actor solo podia proceder contra su persona y bienes, no contra el fiador.

*Esc.* Pero nuestra ley no dice que sea obligacion de *juditio sisti*, sino de se arraigar.



*Ab.* El se arraigar quiere decir dar suficiente fianza; pero como la fianza habia de ser antes de convencido, solo *juditio sisti* se le puede obligar se arraigando: con que si el fiador no se obligase á mas que á lo que entonces está obligado el reo, cumpliendo este, queda libre el fiador. Seria una cosa dura obligarle á uno antes de condenarle á pagar, y antes de oirle, á que diese fianzas de pagar lo que se le pide; pero como desde luego esté obligado *á juditio sisti*, si es sospechoso de fuga se le puede obligar á dar esta fianza. Tan lejos está nuestra ley de querer obligar al reo á mas fianza de la que por derecho comun estaba, que ni aun aquella quiere sea obligado sino en el caso de que preceda informacion de la deuda, á lo menos por testigos: que esta prevencion ó particularidad del requisito de preceder informacion de la deuda es en sustancia la decision de esta ley; y asi ni todos los deudores son obligados á se arraigar, sino solo los que antes lo eran, ni son obligados de arraigar ó afianzar en mas que antes estaban obligados: antes no estaban obligados mas que *juditio sisti*, ni estaban obligados á satisfacer ó afianzar sino los que eran sospechosos de fuga; con que ni despues de nuestra ley son obligados los que no son sospechosos, ni en mas que á lo que estaban antes obligados.

*Esc.* ¿Con qué aunque no tengan bienes si no son sospechosos de fuga no son obligados á se arraigar?

*Ab.* Es lo cierto, y asi los que tienen cualquiera empleo en el pueblo por donde no se haga creible que le han de dejar y marcharse, no se les puede obligar á se arraigar, porque no hay sospecha de que huyan, y no asistan al juicio; y asi solo los que carecen de bienes raices, ó de otras cualidades por donde les interese mas el marcharse que el quedarse, ó les sea indiferente, son los que son sospechosos de fuga.

*Esc.* ¿Con qué los pobres, y que no tienen destino ó cualidad que les sujete á permanecer en el pueblo son solo los obligados á se arraigar?

*Ab.* Y eso han de ser hechos pobres y sospechosos despues de contraida la deuda, porque si ya lo eran cuando

se les prestó el dinero, el acreedor impútese á sí mismo que dió y prestó dinero á hombre de aquellas circunstancias, que no han variado desde el tiempo del empréstito hasta el de la demanda, y no podrá decir que padeció engaño supuesto de que no han variado.

*Esc.* Y si en el caso de que uno sea obligado á se arraigar no lo hiciese porque no halla quien le fie, ¿qué se ha de hacer con él?

*Ab.* Si fuese sugeto á quien se le pueda encarcelar por deuda segun las leyes y reales órdenes, se le encarcelará hasta que dé fianzas; y se puede tambien no dando fianzas pedir la secuestracion de los bienes muebles, prohibiéndole la enagenacion de ellos hasta la decision del juicio: y esto último es lo que hoy comunmente se hace ó debe hacerse en caso de no dar fianza, como se hace especialmente desde la real pragmática del año de 84, porque la prision solo imposibilita mas al deudor el poder pagar si fuese vencido en juicio.

*Esc.* Supongo que no hay obligacion de se arraigar ó afianzar de *juditio sisti* si no precede informacion de la deuda.

*Ab.* Y esta informacion basta que sea con dos testigos y sumaria, esto es, sin citacion de la parte; y tambien deberá preceder la de testigos que depongan la pobreza y sospecha del deudor de nuevo desde el tiempo en que se le prestó el dinero.

*Esc.* Pero si el fiador en la escritura se obligase *judicatum solvere*, en este caso quedará obligado, aunque el reo no haga fuga.

*Ab.* Si él se obligase, no hay duda; pero lo que decimos aqui es que la obligacion de dar fianzas es solo de *juditio sisti*, y ha de ser en cantidad igual á la deuda: por lo que si fugase, como que no cumplió el reo con la obligacion por que le habia fiado, tiene que pagar lo juzgado y sentenciado el fiador.

*Esc.* Quedo enterado, y vamos á otra ley.



## LEY LXVII.

*Ningun juramento, aunque el juez lo mande hacer, ó la parte lo pida, no se haga en san Vicente de Avila ni en el errojo de santa Agueda, ni sobre altar ni cuerpo santo, ni en otra iglesia juradera, so pena de diez mil maravedis para la nuestra cámara y fisco al que lo jurare, y al juez que lo mandare, y al que lo pidiere ó demandare.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley se reduce á prohibir hacer juramentos, bajo las penas que prescribe, en los sitios que señala: sin duda que el motivo de la prohibicion pudo ser algun género de superstícion que se daria en introducir en los pueblos, sobre la diferencia que vanamente creerian del juramento hecho sobre tal ó cual altar, al hecho por Dios nuestro Señor y la señal de la cruz, que sabes muy bien es la forma hoy de jurar en derecho.

*Esc.* ¿Y el jurar sobre altar ó cuerpo de santo es malo?

*Ab.* Por sí no, jurando á Dios con verdad, justicia y necesidad; pero el error del vulgo pudo hacer que fuese malamente hecho, segun las falsas vulgaridades que la ignorancia introdujese, y asi habria necesidad de esta ley que los prohibiese.

*Esc.* ¿Y este delito ó fraccion á esta ley como de delito público le puede acusar cualquiera del pueblo?

*Ab.* Siendo como seria conveniente el cortar los abusos que se habian introducido en esta parte, y considerando que la prohibicion sin castigo nada serviria, y que esto no se verificaria si no habia quien acusase de la contravencion, tuvo la ley por conveniente el dar á todos accion para que puedan pedir contra los infractores de esta ley, y por lo mismo se puede decir que la infraccion de esta ley es delito público, segun lo que hemos dicho sobre los delitos.

*Esc.* Pues á otra, que no me ocurre que preguntar.

## LEY LXVIII.

*Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, con condicion que si no pagare á ciertos plazos que caiga la heredad en comiso, que se guarde el contrato y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande y mas de la mitad.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley se reduce á decirnos que la pena de caer en comiso la heredad sobre que se imponga censo, en caso de no pagar á los plazos señalados, aunque sea pena grande, y en mas de la mitad, pueda ser impuesta y válida esta condicion penal; y aunque la ley hablase solo de censos se entiende lo mismo en el enfiteusis.

*Esc.* ¿Y cree vmd. que sé yo qué es enfiteusis, ni que entiendo bien lo de censos?

*Ab.* Llámase enfiteusis el contrato por el que uno transfiere á otro el dominio útil de una cosa inmueble ó bien estable, quedándose con el dominio directo, y en reconocimiento de él se obliga el que toma en enfiteusis á dar una pension anual.

*Esc.* ¿Y qué es censo?

*Ab.* Hay dos clases de censos, ó de dos modos se puede constituir el censo de los que comprende esta ley: unos se llaman reservativos, y son cuando uno pasa á otro el dominio útil y directo de una heredad, reservando una pension anual.

*Esc.* Pues esta clase de censos parecen enfiteusis.

*Ab.* Hay mucha diferencia: en el enfiteusis se reserva el directo dominio y la pension: en el censo solo la pension, no el dominio directo; por lo mismo en el censo si se vendiere la heredad sujeta á él no hay necesidad de dar cuenta al dueño del censo; ni cae en comiso por no pagar en muchos años la pension, á no ser que se imponga pena en el contrato: en el enfiteusis si no se paga la pension en tres años continuos, ó si se vendiese la heredad sin requerir al señor, cae en comiso; y la razon es porque en



el enfiteusis quedó con el dominio directo el que le dió, y en el censo no.

*Esc.* Con que esta ley, en el supuesto de que por no pagar los censos no caen las heredades en comiso, dice que pueda ponerse la condicion de que caigan si no pagan los réditos á los plazos que se contraten: sepamos esotra clase de censos.

*Ab.* Hay otros censos que se llaman consignativos; son aquellos en que el dueño de una heredad impone sobre ella una pension, ó una parte de frutos por cierta cantidad de dinero, quedándose con el dominio directo y útil de ella.

*Esc.* Y en esa clase de censos, que entiendo son los que comunmente se usan hoy, ¿se puede imponer la condicion penal de que caiga en comiso si no se paga á ciertos plazos?

*Ab.* Sí, tambien puede ponerse, pero no es regular; y asi el dueño del censo ó pension anual pide su rédito cuando no se le paga, teniendo accion hipotecaria contra las heredades sobre que se impuso; pero no cae en comiso, bien que ni cae en el censo reservativo si no se ha condicionado.

*Esc.* Con que si se condicionase que caiga en comiso, tanto en el enfiteusis como en los censos, se ha de estar al contrato y la condicion.

*Ab.* Sí: y añade la ley, aunque la pena sea grande y mas de la mitad, con lo que corta dos disputas: la una si la pena impuesta en los contratos se podia exigir en cualquiera cantidad: la otra si en los contratos de censos y enfiteusis habia lugar el remedio de la ley 2, *Codice de rescindenda venditione.* Y nuestra ley las cortó ambas en los contratos de censos y enfiteusis, diciendo que la pena convenida de caer en comiso valga, aunque sea en cantidad escedente; con que cortó la primera disputa, y aunque esceda en mas de la mitad de lo que dejó de pagar, con que salimos de la segunda.

*Esc.* Pues á mí me parece una cosa dura que valga un contrato con tanto engaño como es la mitad del justo precio.

*Ab.* Te equivocas: en esta condicion no hay engaño, y

esta es la razon de diferencia de estos contratos á las ventas de que habla la ley 2, *Codice de rescindenda venditione.* Uno que vende una cosa por la mitad del justo precio padece engaño, y es justo que se rescinda el contrato; pero en la pena impuesta por condicion del contrato de caer en comiso no hay engaño alguno ni en poco ni en mucho: hay sí pena grande y escedente á mas de la mitad de lo que se ha debido; pero no hay engaño ni en poca ni en mucha cantidad.

*Esc.* Lo entiendo, y quedo convencido: dígame vmd. si se hiciese un contrato de censo con condicion que dejando dos años de pagar caiga la heredad en comiso, y dejase uno tres, y al cabo fuese á pagar un año, y pagase el último, y por él si le diese recibo ¿podrá pedir el señor del censo se declare caida en comiso la heredad porque faltó de pagarle los dos años?

*Ab.* En primer lugar te digo que si no probase el que no le ha pagado los dos años anteriores la presuncion está á favor del deudor que los ha pagado, por el hecho de tener recibo del último año ó de año posterior.

*Esc.* Pues suponga vmd. que lo prueba, ó que el recibo dice y queda á deber los réditos de los dos años anteriores, ¿podrá pedir despues de cobrado el rédito del tercero que la heredad se declare caida en comiso?

*Ab.* Aqui está la dificultad: yo diria que si en el recibo no hizo protesta de reservarse el poder pedir, la pena en que ha incurrido de comiso se entiende remitida por el hecho de darle recibo del último año, y seria preciso que volviese á dejar otros dos años de pagar para que pueda pedirse la declaratoria del comiso. Esta es mi opinion; pero no faltará quien sea de contraria, y tú seguirás la que mejor te parezca; previniéndote de que mi opinion se funda en la presuncion de remision de la pena; y asi si por las circunstancias que intervengan en el caso se conociese no haber habido tal remision, lo contrario se dirá.

*Esc.* Póngame vmd. un caso en que se conozca no hubo la tal remision.

*Ab.* Supon tú de que el deudor al heredero del due-



ño del censo le dice, vengo á pagar á vmd. cien reales que debo de este año por el censo de tal; y el heredero ya dueño, sin saber si se le deben mas años ó no, ni si hay tal pena convencional toma los cien reales, y le da su recibo, en este caso mal se puede argüir de remision cuando ignoraba la pena impuesta, y tambien el que hubiese el deudor caido en ella.

*Esc.* Seguiré su opinion de vmd. en todo, pues me parece arreglada, y vamos á otra ley.

## LEY LXIX.

*Ninguno pueda facer donacion de todos sus bienes, aunque se faga solamente de los presentes.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Aqui tenemos otra ley correctoria del derecho comun de los romanos: por este aunque no se podia hacer donacion de todos los bienes presentes y futuros, porque estas promesas, por las que se quitaba la facultad de disponer en testamento de sus bienes, se llamaban contra *bonos mores*, bien se podia hacer donacion de los presentes, pues le quedaba la facultad de testar de los que nuevamente adquiriese.

*Esc.* ¿Y qué razon tuvo nuestra ley para prohibir la donacion de todos los bienes presentes?

*Ab.* Es util á la república el que ningun individuo use de sus bienes con prodigalidad; ¿y qué mas indiscrecion y prodigalidad que donar uno todos los bienes que tiene?

*Esc.* ¿Y si la donacion fuese en una cantidad considerable reservándose el donante con que mantenerse?

*Ab.* En ese caso no entra la prohibicion de esta ley, y asi si uno donase todos los bienes presentes, reservándose el usufructo de ellos, valdria la donacion; porque ademas de tener con que comer podia testar de los nuevamente adquiridos con el usufructo; y en cuanto á las donaciones que no son de todos los bienes, pero son escesivas de quinientos sueldos, para que valgan deben hacerse por escrito, y ante el juez mayor del lugar en donde se hiciese la tal donacion,

que los romanos llamaban insinuacion: es la ley 9, tít. 4, Partida 5.

*Esc.* ¿Con que si uno hiciese una donacion en cantidad escesiva á los quinientos sueldos sin insinuacion, valdrá la donacion en los quinientos sueldos?

*Ab.* Asi aparece de la citada ley 9, tít. 4, Partida 5.

*Esc.* Pues de ese modo si la donacion fuese de todos los bienes, ¿valdrá en los quinientos sueldos?

*Ab.* No: la ley de Partida habla de la cantidad de que deben ser solo las donaciones sin insinuacion; y que para que valgan en mas cantidad es forzoso que sea con insinuacion, conformándose con el derecho de los romanos, que permitia las donaciones en todos los bienes presentes; y nuestra ley de Toro, corrigiendo el derecho antiguo en lo que dice, quiere que la donacion de todos los bienes presentes no valga; asi lo quiere espresamente, y sin escepcion, con que ni en poca ni en mucha cantidad valdrá la tal donacion.

*Esc.* ¿Y la donacion hecha á una iglesia ó lugar piadoso de todos los bienes valdrá?

*Ab.* Segun la ley 1, tít. final, Partida 5, parece que sí; y segun opinion de autores valdrá, siendo de cargo de la iglesia á quien todos los bienes se han donado mantener al donante; todo esto está muy bien antes de la ley de Toro que vamos esplicando; mas despues de ella, que tan terminantemente anula tales donaciones sin escepcion alguna, es una voluntariedad y empeño en sostener el derecho romano y la ley de Partida corroborante de él.

*Esc.* ¿Y valdrá la donacion de todos los bienes si fuere *mortis causa*.

*Ab.* La donacion *mortis causa* se compara á las últimas voluntades, y asi no entra en esta prohibicion, y solo sí la *inter vivos*; la razon de diferencia está clara: el motivo por qué se prohiben las donaciones *inter vivos* es porque no quede el donante pobre, y por la sospecha de falta de juicio en quien lo da todo; en la donacion *mortis causa* ni hay esta, ni el no poder testar, pues ademas de que no se confirma hasta la muerte del donante, este puede revocarla cuando quiera.



## LEY LXX.

*La ley del Fuero, que habla cerca de sacar el pariente mas propinquo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, haya tambien lugar cuando se vendiere en el almoneda pública, aunque sea por mandamiento de juez; y los nueve dias que dispone la ley del Fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate, con tanto que consigne el que lo saca el precio, y haga las otras diligencias que dispone la ley del Fuero y la ley del Ordenamiento de Nieva; y asimismo haya de pagar al comprador las costas y el alcabala, si las pagó el comprador, antes que la cosa asi vendida le sea entregada.*

### COMENTARIO.

*Ab.* La ley 13, tít. 10, lib. 5 del Fuero de las leyes, la ley 67, tít. 7, lib. 5 del Ordenamiento de Nieva, y la ley 230 de las leyes del Estilo, son las que tratan de la materia de retractos: estas disponen que si heredad de patrimonio de abolengo se quisiese vender, sea preferido en la venta el de aquel abolengo, y tenga el retracto por el tanto dentro de nueve dias; y dudándose de si vendida en almoneda con autoridad judicial competia á los parientes el retracto, nuestra ley determina que sí, con tal de que dentro de los nueve dias del remate consigne el que tantea el precio, y haga lo que segun las leyes citadas se debe hacer, y que asimismo haya de pagar al primer comprador las costas y alcabala que haya pagado y satisfecho.

*Esc.* Muchos pleitos he visto sobre tanteos, y quisiera enterarme bien en esta materia de retractos: ello parece es una cosa dura y contra el derecho natural el que no pueda el dueño vender con efecto sus cosas á quien quiera.

*Ab.* Sí que es opuesta la decision de estas leyes al derecho natural permitente, que ya sabes puede mudarse por el derecho positivo, por razones civiles que haya, cuales son el que las cosas de patrimonio y abolengo no salgan de la familia; que llamo razones civiles, porque el derecho espa-

ñol ha querido preferir á los parientes en la compra de las heredades de patrimonio; y sin duda que estas decisiones son contrarias al derecho natural permitente, por el que es libre á cada dueño usar y vender sus cosas á quien quiera; por lo mismo como derogatorias del derecho comun y opuestas al natural permitente, no se han de estender á mas que á los casos que las citadas leyes prescriben, y con las circunstancias precisamente que espresan, aun cuando haya identidad de razon; y asi dando este derecho á los parientes dentro de cuarto grado, el que salga de él, aunque sea descendiente ó ascendiente, no tendrá el derecho de retracto.

*Esc.* Y dígame vmd., si la heredad no hubiese sido de abuelo, y sí solo del padre del que tantea, ¿tendrá el derecho de retracto?

*Ab.* Dificultad tiene la pregunta, porque la ley del Fuero, á que esta se remite, dice: *Home que heredad de abolengo quisiere vender*, y mas abajo, *si home de aquel abolengo la quisiere comprar*; con que parece que es necesario para el retracto de que sea de patrimonio de abuelo, y no basta que sea de padre: la ley siguiente de Toro dice, *que cuando la cosa es de patrimonio ó abolengo*, el abolengo parece disyuntivo, y por consiguiente que basta que sea de patrimonio: patrimonio se dice lo que ha sido de la herencia paterna, con que de esta ley parece no es necesario para el retracto el que la heredad haya sido de abolengo.

*Esc.* Y bien: ¿cuál es su opinion de vmd.?

*Ab.* No me desagrada el medio que toma un conocido autor, diciendo que no basta el que la heredad sea del padre; y asi que si la heredad fuese vendida por el mismo padre no se da retracto á los hijos, porque no ha llegado á ser de patrimonio; pero si la heredad por un hijo se vendiese, los demas hermanos y parientes tendrán tanteo, pues ya fue patrimonio del hijo que vendia, supuesto de que patrimonio propiamente se dice lo que los hijos heredan de sus padres; y que segun la letra de la ley 72 de Toro basta el que sea de patrimonio solo la heredad, sin que sea de patrimonio de abolengo como la ley del Fuero quiere.



Esta opinion juzgo que haya sido recibida en la práctica de nuestros tribunales, y asi no me opondré á ella; pero en rigor parece mas arreglada al espíritu de las leyes del reino la opinion de que es preciso de que la heredad sea ó haya sido del abuelo de quien tantea, porque la ley del Fuero dice: *y home del propio abolengo la quisiese comprar*; y los legisladores de estas leyes no ignoraban las leyes del Fuero, antes bien se remiten á ellas; y que haya dicho la ley 72 de patrimonio ó abolengo juzgo que no equivalga á rigurosa disyuntiva, ni fuese con intento de revocar en esta parte la ley del Fuero, pues siendo esta terminante, si la intencion de los legisladores de la de Toro hubiera sido el alterar la ley del Fuero, se hubieran esplicado con términos que no dejasen duda á la variacion que querian hacer de que bastase ser la cosa de patrimonio, sin ser de abolengo, como la ley del Fuero quiso.

*Esc.* Con que la práctica ó costumbre, que es óptima intérprete de las leyes, está por la opinion de que basta el que la heredad sea de patrimonio ó herencia paterna, sin que haya sido de abuelo.

*Ab.* No digo tanto, porque no sé si ha llegado á ser costumbre que tenga fuerza de tal; lo que digo es que esa opinion ha prevalecido en mi entender bastante en los tribunales, sin que pueda asegurar llegue á pasar de opinion probable; pero no iria contra ella en la práctica, no obstante que en rigor me parece la contraria mas jurídica, por la duda de si ha llegado á hacerse costumbre, intérprete de las leyes de que vamos hablando.

*Esc.* Con que cualesquiera cosa que sea de patrimonio ó abolengo, y sea vendida, ¿podrá el pariente mas cercano tantearla?

*Ab.* Aunque la ley 72 de Toro dice, cuando la cosa que es de patrimonio ó abolengo, y no dice si mueble ó inmueble; y siendo como es mas moderna que la del Fuero, aunque aquella del tanteo solo en las inmuebles, la de Toro parece que no se estiende á todas las cosas: bien me hago cargo que hay la misma razon para decir que la disyuntiva de abolengo ó patrimonio de esta ley 72 corriga la ley

del Fuero que dice de abolengo, que para decir el que por la espresion general de cosa, sin decir inmueble, la corrija en aquella parte; pero hay la diferencia solamente y bastante para decidir por la ley del Fuero el que en esta parte ninguno ha entendido que la de Toro haya querido innovarla; y asi no obstante la espresion general la práctica la ha contraido á las cosas inmuebles, que dice la ley del Fuero, y no á las muebles, ni semoventos, como son ganados, aves &c.; pero en la espresion de patrimonio ó abolengo hay diversas opiniones.

*Esc.* Esto me parece que es opinar como querer.

*Ab.* Lo cierto es de que no sé cómo se sostendria en una cátedra el decir que la ley 72 quiso enmendar la ley del Fuero en cuanto ser las cosas de abolengo, y no en que las cosas fuesen solo las inmuebles; pero aqui se puede decir lo que algunos autores suelen decir con frecuencia *licet non probabilis imputo juris ab ea non recederem in judicando et consulendo*; aunque la opinion de darse tanteo en las cosas solo de patrimonio sin ser de abolengo sea poco cierta y probable en rigor de derecho, por la probabilidad que la práctica la ha dado, no me atreveria á separar de ella para juzgar y aconsejar.

*Esc.* Con que tenemos que la cosa ha de ser inmueble, que basta el que sea de patrimonio solo ó de abolengo, y que el tanteo se concede á los parientes dentro del cuarto grado; pero pregunto, si el pariente mas cercano fuese hijo, y este fuese exheredado con justa causa, ó renunciase la herencia de su padre, ¿tendrá tanteo despues en las cosas de abolengo?

*Ab.* Sí tiene tanteo, porque el padre aunque tenga motivo justo para desheredarle y privarle de adquirir lucrativamente, no le puede privar del derecho que la ley le da de adquirir las cosas de abolengo por causa onerosa, como es la compra.

*Esc.* ¿Y podrá ceder á otro el derecho de retracto?

*Ab.* El derecho de retracto es personalísimo, y asi ni se puede ceder á otro, aunque sí renunciar, ni pasa al monasterio por la profesion del monge, ni á los herederos estraños: sigamos á la ley 71, que trata tambien de la misma materia con las cuatro siguientes.



## LEY LXXI.

*Cuando muchas cosas fueren vendidas por un precio que sean de patrimonio ó abolengo, que el pariente mas propinquo no pueda sacar la una y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar, ó ninguna de ellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso puede el pariente mas propinquo sacar las que dellas quisiere haciendo las diligencias y solemnidades en las dichas leyes del Fuero y Ordenamiento contenidas.*

## *COMENTARIO.*

*Esc.* Entiendo la ley, y la diferencia que hay en venderse muchas cosas por un precio ó precio diverso cada una, y cuan justo es que vendidas todas por un precio no se puedan retraer ó tantear unas sin otras, y al contrario cuando cada una tenga su precio distinto; pero pregunto, si dos cosas, una de patrimonio, y otra que no lo es, se vendiesen por un precio, ¿se dará retracto?

*Ab.* Su dificultad tiene supuesto que el contrato es individuo, y no puede disolverse por parte; no obstante atenta la verdad, y dejando las escrupulosidades de derecho, yo opino con autor regnícola, que se da retracto por la cosa del patrimonio, regulando el precio de cada una por peritos inteligentes, que con consideracion al total de ellas, y la calidad de cada una, digan el justo que corresponde á la cosa del patrimonio; pero con esta diferencia, que el retrayente no puede solicitar mas que la cosa de patrimonio; pero el comprador si quiere le puede obligar á que las lleve todas por el precio de la venta, ó que no lleve ninguna: la razon es clara, porque el privilegio del retracto no debe ser con perjuicio de tercero mas que en el derecho de que el privilegio le priva en el caso; ademas que se le puede seguir perjuicio por las circunstancias de las cosas si

se obligase á quedar con una de las que compró juntas: con que para que al uno no se le siga perjuicio por el otro, ni que al otro se le prive del derecho de tanteo, se le dará eleccion para que las tome todas ó ninguna á arbitrio del comprador primero: esta es mi opinion en el caso propuesto.

*Esc.* ¿Y se da retracto si la cosa de abolengo fuese permutada y no vendida?

*Ab.* El retracto como contra las reglas de derecho comun es odioso, y asi no se ha de estender á mas de lo que las leyes digan; por lo mismo no se debe estender á mas que en las ventas.

*Esc.* Pues supongamos que una cosa de patrimonio se da en cambio de otras cosas, pero tambien interviene dinero, ¿se dará retracto?

*Ab.* Distingo: ó el dinero es en mayor cantidad que el valor de las cosas que juntas con él se dan, ó es en menor; si es en mayor se regula venta, y no permuta, y asi habrá retracto: si fuese en menor se regula permuta, y no se da.

*Esc.* ¿Y cómo se ha de hacer el retracto en este caso? ¿Se obligará al vendedor á volver la cosa dada en precio, tomando el importe, ó se quedará con ella, y se le dará el importe de ella al comprador?

*Ab.* Lo cierto es de que en el caso de ser mas el dinero dado que el valor de la cosa, se regula en el derecho compra y no permuta, y por lo mismo se da el caso de la ley y del retracto; y asi el comprador debe sufrir la incomodidad que le resulte de no poderse verificar la venta, porque quien contrae con otro debe ser sabedor de la condicion de quien contrató, y la calidad de las cosas sobre que se contrata, por lo que aunque parece cosa dura que se quede sin su cosa, si el vendedor no la quisiere dejar, en rigor de derecho juzgo que deberá quedarse sin ella, y tomar el precio que peritos inteligentes tasen ser su justo precio; pero mas conforme á razon, y yo asi juzgaria, parece, supuesto de que no hay ley que trate del caso, y que se regula en el derecho este contrato venta y no permuta, queriendo el comprador la cosa, se quede sin ella el vendedor, y reciba el importe en dinero; porque supuesto que vendió y no permutó, no se le hace perjuicio el que reciba en dinero todo el precio de la cosa vendida; y sigamos con otra ley de la misma materia.



## LEY LXXII.

*Cuando la cosa que es de patrimonio ó abolengo se vendiere fiada, que el pariente mas propinquo la pueda sacar por tanto asimismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias dé fianzas bastantes á vista de nuestra justicia, que pagará los maravedís porque así fue vendida al tiempo que el comprador estaba obligado.*

### *COMENTARIO.*

*Esc.* Entiendo que cuando la cosa de patrimonio fuese vendida al fiado, se puede tantear al fiado dando fianzas correspondientes; que la ley señala el tiempo de nueve dias para darlas, por ser los mismos nueve los que señala para entregar ó depositar el precio la ley del Fuero en las ventas á dinero contado; pero aunque la ley 70 dice que en lo que se venda en almoneda se entiendan los nueve dias desde el de remate, ignoro en las ventas particulares desde qué tiempo se han de contar los nueve dias, si desde el de la venta ó de la entrega de la cosa vendida.

*Ab.* Hay varias opiniones en la cuestion; pero yo siempre seguiré la de los que sostienen que se deben contar del dia de la entrega: el motivo del retracto es que las cosas no salgan de la familia, la cosa no sale hasta la entrega; con que desde el dia de ella parece se deben contar los nueve: ademas sería infructuosa esta ley del retracto para conseguir el fin de que las cosas no saliesen de la familia, si los nueve dias se contasen del dia de la venta ó contrato, porque los compradores y vendedores cuidarian del sigilo para que nunca se verificase el retracto. De la ley 70 (que los de opinion contraria toman por prueba de ella) se infiere la ver-

dad y razon de esta opinion. Dice la ley que el tiempo de los nueve dias se cuente desde el dia del remate en las cosas vendidas en almoneda: esto mismo arguye de que por la ley del Fuero los nueve dias corrian desde el dia de la entrega; pues si corrian desde el dia del contrato, no necesitaba la ley 70 decir que en estas cosas vendidas en almoneda corriesen los nueve dias desde el contrato, porque era público y constaba el dia de él; pero habiendo diversa razon en los demas contratos privados, y hablando solo del derecho en pública almoneda, es bien claro que quiso hacer escepcion del en quien hubiese público remate por la diversidad de razon, no ignorando los legisladores de estas leyes que la escepcion de un caso firma la regla general en los demas no esceptuados.

*Esc.* Pues en el supuesto que los nueve dias en los contratos particulares principie á correr desde el dia de la entrega, esta entrega deberá ser real, ó bastará que sea fingida, esto es, por aquellos actos que el derecho tiene por equivalentes á la real tradicion.

*Ab.* Digo que la tradicion debe ser real, de modo que pueda llegar á saberse: no digo que sea preciso el que el pariente mas cercano lo sepa, sino que pueda saberse y llegar á su noticia; pero en la tradicion ficta, como puede hacerse en secreto lo mismo que el contrato, no es bastante para que de ella corra el término contra el pariente que tiene derecho de tanteo.

*Esc.* Ya sé que no hay retracto en los cambios; pero pregunto: si uno diese una heredad *in solutum* ¿tendrá el pariente retracto?

*Ab.* Sí: porque lo que se da *in solutum* tiene efecto y virtud de venta, y viene á serlo con sola mudanza de nombre; porque si yo v. gr. te debo dos mil reales, y te diese una heredad en pago, en sustancia es una venta que te hago de la heredad en dos mil reales; y así el pariente mas cercano dándote los dos mil reales tiene retracto, si la heredad fuese de patrimonio ó abolengo.

*Esc.* Y si la heredad vendida fuese con condicion de que si dentro de cierto tiempo tuviese proporcion de comprarla el vendedor se la volverá á vender al comprador, que creo llaman vmds. pacto de *retro vendendo*, ¿se da entonces retracto, y caso de que se dé, cuándo deben contarse los nueve dias?



*Ab.* Ella es verdadera venta, y asi se da retracto contándose los nueve dias dados para él desde el de la entrega, y el pariente que tantea tendrá que volver á vender dentro del año en la forma que se habia contratado con el comprador á quien tanteó; porque el pariente en el derecho del tanteo entra subrogando al comprador, y está obligado á los pactos que él estaba, así como si fuese vendida al fiado no tiene precision de entregar el dinero, y cumple con las fianzas á satisfaccion de la justicia, que es lo que dice nuestra ley 72.

*Esc.* Pregunto: y si uno diese en prendas, ó hipotecase una cosa por tanto como puede valer, de modo que no haya esperanza de redimir la cosa pignorada, ¿tendrá el pariente mas cercano retracto?

*Ab.* No: porque el tanteo ó derecho de retracto se concedió solo á la venta; y así en el contrato que no tenga la virtud y efecto de compra y venta no se da retracto; el que no haya esperanza probable de redencion nada hace (no obstante que algun autor regnícola piense lo contrario), porque el dominio nunca sale de la familia: si hoy v. gr. parece que no hay esperanza de redimirla, mañana se mudan las circunstancias ó el heredero tiene proporcion, y así hasta tanto que la cosa pignorada no sea adjudicada al acreedor *in solutum*, aun cuando la deuda sea igual al valor de la heredad, y no haya esperanzas de redencion, no hay tanteo; y en el caso de la adjudicacion *in solutum* se contarán los nueve dias desde el dia de la adjudicacion. Pasemos á la ley siguiente, que tambien es de la materia.

## LEY LXXIII.

*Cuando el pariente mas propinquo no quisiere ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propincuo siguiente en grado la pueda sacar: y ansí vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del cuarto*

*grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve dias, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del Fuero y Ordenamiento.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley nos dice hasta el grado que tienen los parientes derecho de retracto en cosas de patrimonio y abolengo, y que solo llega hasta el cuarto grado, con tal que sea dentro de los nueve dias, y con las demas circunstancias que prescriben las leyes que tratan de la materia.

*Esc.* ¿Con qué entre todos los parientes solo tienen los nueve dias para el retracto?

*Ab.* Solo los nueve dias entre todos, y no cada uno nueve; y así el que está en segundo grado, si pasados los nueve dias acudiese, no debe ser oido, aunque diga que juzgó que el de primer grado quiera usar del derecho.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo podrá el pariente de grado mas remoto obligar al mas próximo á que diga si quiere ó no tantear la cosa del patrimonio?

*Ab.* Ni le puede obligar ni coartar el tiempo de los nueve dias para usar del derecho del tanteo, como las leyes prescriben á cada uno y á todos, sin perjuicio del mejor derecho que otro pariente de mejor grado tenga: y dado caso de que venga el de mejor derecho, tendrá que recoger su dinero el que haya tanteado, pues es requisito el que dentro de nueve dias presente el dinero, y si la cosa fue vendida al fiado, dé fianzas de pagarlo al tiempo estipulado con el vendedor.

*Esc.* ¿Y si la venta fue hecha á presencia del pariente mas cercano y callase, podrá usar del derecho del retracto?

*Ab.* Sí, dentro de los nueve dias, porque estos se los concede la ley, y no se entiende que los renuncia porque se halle presente al contrato de venta.

*Esc.* ¿Y los nueve dias se cuentan naturales y con inclusion ó esclusion de los feriados?

*Ab.* Los nueve dias *de momento ad momentum* que dicen los jurisconsultos, de modo que si la entrega de la cosa fue á las doce del dia lúnes, cumplirán á las doce del dia miércoles de la semana siguiente, y corren aun en los dias feriados; pero si no constase de la hora, en ese caso no se cuenta en los nueve el dia de la entrega.



*Esc.* Y pasados los nueve dias ¿nunca tienen los parientes retracto?

*Ab.* Pasados los nueve dias perdieron el derecho de tanteo todos los que le tenian, y de tal modo, que aunque la cosa vuelva al vendedor ó á otro de la familia por compra, donacion &c., tampoco tienen en ella derecho de tanteo los parientes, porque las cosas que tienen la cualidad de no poderse libremente enagenar, si llegan á enagenarse se hacen *in perpetuum* enagenables.

*Esc.* No lo entiendo bien: un ejemplito.

*Ab.* Supon tú de que vendes una heredad de patrimonio á Juan que no es pariente, y tus parientes no usaron del derecho de tanteo; ya en este caso perdió aquella cualidad que tenia de ser de abolengo ó patrimonio: en lo sucesivo muere aquel estraño Juan, y te la manda, ó la compras á sus herederos, podrás despues libremente volverla á vender, sin que tus parientes, que antes tenian derecho de tanteo en ella por ser de patrimonio, le tengan, porque tú ya no la tienes como de patrimonio, sino por título de compra ó donacion de un estraño.

*Esc.* Lo entiendo, y podemos pasar á otra ley.

## LEY LXXIV.

*Cuando concurrieren en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente mas propinquo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefiérase en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propinquo.*

## COMENTARIO.

*Esc.* No entiendo quién es superficiario, y así no entiendo la ley.

*Ab.* Esta ley da la preferencia en el tanteo ó retracto, en concurso de parientes, al señor del directo dominio, al superficiario y al comunero: señor de directo dominio se dice aquel que no tiene el dominio útil, y sí el dominio directo con alguna pension en reconocimiento de él: superficiario es el que sin tener el directo dominio tiene la superficie, que viene á ser el dominio útil, pagando una pension al señor del suelo y directo dominio: pues supon que un señor del directo dominio vendiese una cosa del patrimonio ó abolengo, seria al pariente preferido el superficiario, ó que el señor del dominio útil vendiese, lo seria el señor del dominio directo.

*Esc.* ¿Y quiénes se dicen comuneros, ó que tienen parte en las cosas?

*Ab.* Todo señor de directo dominio, superficiario, ó el señor del dominio útil *lato modo*, viene á ser comunero; pero hay ademas otros comuneros, que son todos los que tienen parte *pro indiviso* en la cosa por pequeña que sea la parte; pero si la parte estuviese señalada y dividida, de modo que cada uno reconoce cual es su parte, entonces no hay retracto, porque no son socios, ni tienen comunidad alguna en la tal cosa, como dice la ley 55, título 7, Partida 5.

*Esc.* Pregunto: y si uno que tuviese solo la propiedad la vendiese, tendria tanteo el dueño del usufructo, ó al contrario, si vendiese el del usufructo ¿le tendria el de la propiedad?

*Ab.* El usufructo no se puede vender, porque si se vendiese, se perderia consolidándose con la propiedad; pero los frutos y emolumentos si se pueden vender, y digo que el dueño de la propiedad no tiene parte en el usufructo, ni el del usufructo en la propiedad; y así no son comuneros, ni se da entre ellos derecho de retracto: el pariente le tiene contra el usufructuario que comprase la propiedad; pero ni el pariente le tiene contra el propietario, ni contra alguno otro á quien se vendan los frutos, ni el propietario contra cualquiera comprador de ellos, porque no son parte de la cosa de abolengo los frutos separados de ella en los que no



hay, ni nuestras leyes conceden retracto á alguno.

*Esc.* Ya veo que el pariente es pospuesto á todos los que tienen retracto; pero quiero saber si concurriere señor del directo dominio con el comunero, porque vendió el superficiario, ó el del dominio útil, ó concurriesen estos con el comunero, porque vendió el del dominio directo, ¿quién ha de ser preferido?

*Ab.* Son preferidos unos y otros señores, tanto directo como superficiario, al comunero. Sigamos á la otra ley, en donde concluiremos el tratar de esta materia de retracto.

## LEY LXXV.

*Si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro, en caso que segun la ley de la Partida la pudiera el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quisiere sacar á consignar el precio en el tiempo y término, y con las diligencias y solemnidades de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinquo cuando fuera de su patrimonio y abolengo; de suerte que lo contenido en la dicha ley del Fuero y Ordenamiento de Nieva, y en estas nuestras leyes haya lugar, y se apliquen en caso que el comunero quiera sacar la cosa vendida por el tanto.*

### COMENTARIO.

*Ab.* Por derecho comun de los romanos el socio no tenia derecho de retracto, y por nuestro derecho de las Partidas se le concedió concurriendo á un tiempo con el comprador, pero no despues de celebrada la venta, segun dan á entender las palabras de la ley 55, tít. 5 de la Partida 5. Pero nuestras leyes de Toro le conceden los nueve dias para usar del retracto lo mismo que á los parientes; y esta ley dice que cuando venga tanteando haya de ser con las solemnidades y en la forma que la ley del Fuero, la del Ordenamiento y estas de Toro prescriben.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo, así como que tendrá que

depositar el dinero dentro de los nueve dias el comunero que tantee en las ventas hechas á dinero contante, así en las hechas al fiado cumplirá con dar las fianzas de pagar en la forma que dice nuestra ley 72 de Toro?

*Ab.* Sin duda que puede como el pariente tantear en la forma que dice la ley 72 cuando la venta haya sido al fiado.

*Esc.* La ley 70 dice que el que tantea haya de pagar la alcabala si la hubiese pagado el comprador.

*Ab.* No solamente dice la la alcabala, sí tambien todos los demas gastos que haya hecho y costas causadas.

*Esc.* ¿Con qué el comprador tuvo obligacion á pagar la alcabala?

*Ab.* No lo dice la ley, si no si la hubiese pagado; pero es cierto que el primer comprador debe pagar las gabelas que esten impuestas á los compradores, y el que tantea como subrogado en los derechos de comprador tiene que satisfacerlas á quienes la hubiesen pagado; y así la primera venta aunque fue válida, sus efectos y acciones se traspasan á quien tantea, subrogándose en lugar del comprador en la misma compra, sin que se verifique compra diversa y distinta, de que no debe segunda alcabala, como se deberia si fuesen dos ventas; bien que la alcabala la debe el vendedor, á no ser que se haya contratado la pague el que compra.

*Esc.* Y si dentro de los nueve dias el comprador hubiese vendido á otro, ¿tendrán contra el segundo comprador tanteo los parientes, señores, y comuneros en la forma que estas leyes nos han dicho?

*Ab.* Sí, haya pasado á quien haya pasado la cosa, y por el título que haya pasado dentro de los nueve dias, siempre tienen el tanteo que les conceden las leyes, porque el comprador no puede perjudicar al derecho de tercero.

*Esc.* ¿Y se deberán en el caso de venta segunda dos alcabalas?

*Ab.* Sí: la una el primer vendedor, y la otra el segundo; pero si la alcabala de la primer venta la pagase, por haberse así convenido el primer comprador, el que tantea tendrá que satisfacerla como las demas costas y gastos que



se le hayan seguido en la primera venta no en la segunda.

*Esc.* Y la accion que tienen los privilegiados por estas leyes de tantear dentro de los nueve dias ¿cómo se llama?

*Ab.* En la jurisprudencia se llamó *actio ex lege*, y es accion real que sigue la cosa en cualquiera poseedor en quien se halle en los nueve dias, pues pasados cesó, como hemos dicho.

## LEY LXXVI.

*Mandamos que ninguna de nuestras justicias por enemigo den rebeldía sin probanza legítima, y pasados tres meses á lo menos despues de la condenacion, y que sea pedido por el acusador; y si de otra manera la dieren, que sea en sí ninguna la sentencia que sobre ello se diere en lo que toca á darlo por enemigo.*

## *COMENTARIO.*

*Esc.* Ni cosa que entiendo de la ley.

*Ab.* Pues atiende y la entenderás: por derecho de los romanos y el nuestro de Partidas no se podia proceder contra los ausentes en las causas de sangre: por las leyes mas modernas se puede proceder en rebeldía contra todo ausente, ó bien de oficio de justicia, ó por acusacion de parte; y aunque ya has oido el modo de proceder en rebeldía segun nuestras leyes, porque no tengas que recurrir á otra parte si te se ha olvidado, y ademas que allí solo tratamos de la forma de llamar á los ausentes, me parece que lo mejor será que traslades la ley que prescribe el modo de proceder contra los ausentes, que es la ley 3, tít. 10, libro 4 de la Recopilacion, que á la letra dice así:

"Ordenamos y mandamos que si la persona contra quien »se hubiere de proceder criminalmente no pudiere ser ha»bido para lo prender, y fuere el delito de calidad en que »se deban secrestar sus bienes, esto se haga sin esperar nin»gun pregon: y el juez que del tal delito conosciere le ha»ga emplazar por tres plazos de nueve en nueve dias, co»mo lo dispone la ley del Fuero, sin hacer diferencia de

50

„que el ausente esté dentro ó fuera de la jurisdiccion, y „pregonándole públicamente á cada plazo de los susodichos, „y haciéndolo notificar en su casa, si ahí la tuviere, y ha„ciéndole fijar una carta de emplazamiento en lugar pú„blico de la tal ciudad, villa ó lugar en cada uno de los „dichos plazos, en la cual se contenga el delito de que „es acusado, y el término y pregones y rebeldías que á la „sazon fueren acusadas, y la acusacion que le fuere pues„ta para que se venga á salvar del delito que le es opues„to; y siéndole asi acusada la rebeldía, si al primer pla„zo no paresciere, mandamos que sea condenado en la pe„na del desprez, y si paresciere ante el juez al segundo „plazo, que haya de pagar y pague el desprez y las cos„tas, y sea oido; y si no paresciere, siéndole acusada la „segunda rebeldía, si el delito fuere de muerte, ó tal por „que merezca muerte, sea condenado en la pena del ho„micillo; y si al tercero plazo viniere y paresciere, que „haya de pagar y pague el desprez y homicillo y costas, „y sea oido; y si al dicho tercero plazo no paresciere sién„dole acusada la tercera rebeldía, mandamos que le sea „puesta la acusacion en forma como si fuese presente, y „mándesele que responda á ella dentro de tres dias; y si „dentro de los tres dias no paresciere, siéndole acusada la „rebeldía, se haya el pleito por concluso, y se resciba á „prueba con el término que le fuere señalado, con tanto „que no esceda el término del que por leyes de este nuestro „libro está ordenado que se asigne en las causas civiles, „dentro del cual se resciban y examinen los testigos que hu„biere ó se pudieren haber contra el tal delincuente, in„formándose asimesmo el juez de su oficio por cuantas par„tes pudiere de la inocencia del tal acusado; y pasados los „dichos dias se presente la tal probanza en el proceso, y „se haga publicacion en la causa con término de tres dias, „para tachar y decir de bien probado; y esto asi hecho sea „habido el pleito por concluso para difinitiva; y si por el „dicho proceso paresciere que hay probanza bastante para „le condenar, ó que demas de la fuga hay tal probanza ó „informacion que baste para poner á tormento al que



„asi fuere acusado ó llamado si estuviera presente, que el „juez que del dicho negocio conosciere dé sentencia en „que le pronuncie, y dé por hechor del delito de que asi „hubiere sido acusado, y le condene en la pena que por „él merece, con mas las costas; pero mandamos que si el „que asi fuere acusado é llamado se viniere á presentar „y purgar su inocencia ante el dicho juez, ó fuere preso „antes de la sentencia definitiva, que pagando, como dicho „es, las costas y despreces y homecillos, sea oido de nue„vo, quedando en su fuerza y vigor las probanzas, como „si fuesen hechas en juicio ordinario; y que si despues de „dada la sentencia dentro de un año primero siguiente, que „se cuente desde el dia de la data de la sentencia en rebel„día, el acusador se presentare á la cárcel ó fuere preso, „que asimesmo sea oido, asi en cuanto á las penas corpo„rales, como en cuanto á las pecuniarias, pagando las di„chas costas y despreces y homecillos, y quedando las di„chas probanzas en su fuerza y vigor, como si fuesen he„chas en juicio ordinario; y pasado el dicho año, no se ha„biendo dentro de él presentado ni prendido el tal acusado, „se ejecute luego la sentencia en las penas de dineros ó de „bienes, asi en las que se aplicaren á la cámara como á la „parte, y no pueda en cuanto á ellas ser oido, aunque pa„sado el dicho año se presente á la cárcel; pero presentán„dose pasado el año, ó seyendo preso, sea oido en cuanto „á las penas corporales solamente, y no sobre las de dine„ros ó bienes, como dicho es, y mandamos que dentro del „dicho año no se puedan ejecutar las dichas penas pecu„niarias ó de bienes: y que muriendo el acusado dentro del „año, estando ausente en los casos que el delito no se estin„gue por la muerte, sean oidos los herederos del acusado „sobre las dichas penas de dineros ó de bienes; y con lo su„sodicho mandamos que no se guarde la ley setena del tí„tulo de los asentamientos de la tercera Partida, que dis„pone que pasado el año el rebelde pierda todos sus bienes; „antes en cuanto á esto la revocamos, y mandamos que so„lamente se guarde y cumpla lo de suso en esta ley conte„nido; con que mandamos que hecho el secrestro de los bie-

»nes del ausente, si dentro de treinta dias no paresciere, »que el juez, si los bienes secrestrados fueren tales que no »se puedan conservar sin ser deteriorados, los haga vender »y venda en pública almoneda, pregonándolos de tres en »tres dias, y rematándolos en el último pregon en quien »mas diere por ellos, y el dinero que por los tales bienes »se diere sea puesto en el dicho secresto; y en lo que toca »á los términos de los emplazamientos y pregones en esta »ley contenidos no se entienda con los nuestros alcaldes de »corte y chancillerías, ni con los nuestros jueces de co»mision, porque los unos y los otros han de proceder por »los términos que por las otras leyes de este libro está de»clarado en cuanto á los dichos alcaldes de corte y chan»cillerías.

*Esc.* Sin duda que mejor es tener la letra de la ley para instruirse en el modo de proceder, que no la relacion de su contesto sustancial, en que pudiera haber equivocacion; pero lo que me hace fuerza no es el que se proceda contra ausente á sustanciar la causa; que se le absuelva si de las pruebas resulte inocente, y que se le condene si de ellas resultase justificado el delito; pero que sin que conste probado el delito se le condene en la pena de él me hace mucha fuerza, y no entiendo la justificacion de esta ley de la Recopilacion.

*Ab.* Es cierto que esta ley manda que si hubiese indicios suficientes para el tormento, ademas de la fuga y contumacia, que se le condene en la pena ordinaria del delito: para la inteligencia de la justificacion de esta ley es necesario sepas los efectos de la fuga y contumacia.

*Esc.* Bien: sepámoslos.

*Ab.* La fuga unas veces es delito por sí con pena particular, como cuando un reo se fuga de la cárcel, ademas de la presuncion que contra él resulte en el delito principal, otras solo hace presuncion contra él en la causa principal porque se procede, como el contumaz que citado y emplazado no parece: á esta presuncion que hay contra el que huye de la cárcel, y de no parecer al llamamiento y citacion para ser oido, puede la ley dar la fuerza de tácita confesion del delito, porque quien no quiere comparecer á ser oido, como que se da por confeso, de que no tiene que escepcionar y con que se defender; esta tácita confesion por la fuga que la ley presume se llama presuncion *juris*, que aunque admite prueba en contrario en el interin se justifica obra contra el reo como confesion tácita, y por lo mismo como prueba: si la ley puede dar fuerza de confesion tácita á la fuga, mucho mejor si la acompañan indicios suficientes para la tortura: con que en hacer prueba legítima á la tácita confesion por el hecho de no comparecer el reo contumaz con el concurso de los indicios suficientes para la tortura nada tiene de injusto, y mas cuando esta presuncion *juris* que contra él resulte de la fuga y contumacia se elide con prueba en contrario.



*Esc.* Ya me hago cargo de que si no quiere venir á escepcionarse el reo es fuerte presuncion de que no tiene escepcion.

*Ab.* Pero es solo presuncion *juris*.

*Esc.* Quiero saber que es presuncion *juris*.

*Ab.* Las presunciones unas son y se llaman *hominis*, otras *juris*, otras *juris et jure*: presuncion de hombre es todo aquello que los hombres infieren segun las circunstancias, sin que la ley presuma, v. gr. la contumacia del reo sola sin indicios suficientes á tortura, porque presume cualquiera que el no comparecer á decir sus escepciones será por no tenerlas; pero esta presuncion que el hombre hace por no estar corroborada con otro adminículo, ó con el que la ley tiene por bastante, como son los indicios suficientes para tortura, como infalible y poco fuerte, no ha querido la ley graduarla por presuncion de derecho, que se llama *juris*, y queda en presuncion de hombre con los efectos solo de tal.

*Esc.* ¿Y presuncion *juris* qué es?

*Ab.* La presuncion *juris* es aquella que hace la ley dándola fuerza de prueba y verdad en el interin que no se pruebe lo contrario, v. gr. el que fuga de la cárcel, ademas de la pena en que incurre, es habido por confeso de lo que es acusado, ley 7, tít. 26, lib. 8 de la Recopilacion; y aunque admite prueba en contrario tiene los efectos de

verdadera confesion en el ínterin lo contrario se pruebe: lo mismo la contumacia y rebeldía, junta con los indicios suficientes para tortura, y la ley á esta tácita confesion la tiene por verdad en el ínterin que no se pruebe lo contrario.

*Esc.* ¿Y qué es presuncion *juris et de jure*?

*Ab.* Presuncion *juris et de jure* es aquella que no solo la ley presume, sino que la presume de tal modo que no admite prueba en contrario: de esta clase de presunciones no hay en mi entender ninguna en España en las causas criminales, porque en todas las leyes en que se dice se haya por confeso el que haga tal cosa, se entiende con la presuncion *juris*, y no la *juris et de jure*. En sustancia la presuncion *juris* no hace mas, y es bastante, que hacer pasar la cosa presunta por verdad civil, en el ínterin que no se pruebe lo contrario, cargando el reo con la obligacion de probar su inocencia, que no tenia, sino el actor ó acusador de probar el delito.

*Esc.* ¿Con qué la presuncion *juris* descarga al actor, acusador ó fiscal de la obligacion de probar el delito?

*Ab.* Eso viene á ser en sustancia, y no es poco; con que teniendo el contumaz en quien concurren indicios suficientes para tortura contra sí la presuncion *juris*, llegando el tiempo de sentencia, y no habiendo el reo probado lo contrario, y sido citado, llamado y concedídole plazo para escepcionarse, justamente procede nuestra ley recopilada en mandar que se sentencie, imponiéndole la pena ordinaria del delito probado civilmente por la presuncion *juris*.

*Esc.* Con que si despues de la sentencia se le prende ¿se podrá ejecutar?

*Ab.* Con poco cuidado has oido la letra de la ley: ¿no ves que manda que si compareciese ó fuese preso se le oiga?

*Esc.* ¿Con que nada servirá lo actuado contra él?

*Ab.* Lo contrario dice la ley: lo actuado contra él es válido; pero se le debe oir sus escepciones, y si de ellas resultase desvanecida la presuncion *juris*, se le absolverá; pero si no, queda firme y valedera la sentencia.

*Esc.* Pues de ese modo no puede ser mas justificada.



*Ab.* Ya se ve que lo es, y tambien en las demas particularidades que comprende, y son que si dentro de un año de dada la sentencia se presentase pagando el desprez, homecillo y costas ha de ser oido, no solo por lo que toca á las penas corporales, sino tambien en cuanto á las pecuniarias; pero si pasase el año, lo será solo en cuanto á las corporales, sea presentado ó sea preso.

*Esc.* Y si no se presentase dentro del año, y muriese, ¿pueden ser oidos los herederos sobre las penas pecuniarias?

*Ab.* Estas penas no pueden ejecutarse hasta pasado el año; y si muriese el reo dentro de él, pueden los herederos ser oidos.

*Esc.* Y si fuese menor el reo ¿tendrá restitucion?

*Ab.* Contra la sentencia no, pero sí contra el lapso del término; y asi si se presentase pasado el año, será oido, no solo sobre las penas corporales, sino tambien sobre las pecuniarias: asi lo dice el Acevedo comentando esta ley de la Recopilacion. Tendrás presente que segun la ley, que es la 10, tít. 17, lib. 4 de la Recopilacion, hecho el embargo y secuestro de los bienes del reo ausente, y pasados treinta dias, si los bienes fueren de tal condicion que no se puedan conservar sin deteriorarse, el juez debe mandar venderlos en pública almoneda en la forma ordinaria, rematándolos en el mayor postor, y el precio ponerlo en secuestro y depósito.

*Esc.* Me parece que todo lo que vmd. me ha dicho lo entiendo; pero aun no entiendo la ley de Toro en que estamos.

*Ab.* Ahora lo entenderás: ¿tú ignoras qué quiere decir la ley en esto de dar por enemigo?

*Esc.* En efecto que lo ignoro.

*Ab.* Pues dar por enemigo en rebeldía es conceder al acusador la licencia de matar á su enemigo.

*Esc.* ¡Jesus mil veces! ¡Nuestras leyes han de permitir el que uno por su propia autoridad pueda matar á otro!

*Ab.* Si es por autoridad de la ley, ¿cómo ha de ser por su propia autoridad? Si fuese justa la sentencia de muerte ¿que inconveniente hay el que se le pueda cometer la

ejecucion al verdugo, ó al acusador y parte ofendida? La justicia de la ley está en que el delito por qué se dé por enemigo en rebeldía sea capital, porque en cuanto al ejecutor ¿qué duda tiene que la ley podrá habilitar á quien le parezca conveniente en las circunstancias, para que el delito no quede sin castigo?

*Esc.* ¿Pero podrá el enemigo en conciencia matar á su enemigo habilitado ya por la ley?

*Ab.* No tratamos de moral; pero tú mismo podrás sacar la consecuencia: si el verdugo puede, deponiendo odio y mala voluntad, haciéndolo solo por celo y obediencia, parece que deponiendo el odio, y movido solo del celo de justicia, tambien podrá. No obstante, siendo dificultoso en el enemigo el deponer los sentimientos contra su enemigo, y no habiendo precepto como en el verdugo y solo permision, siempre será mas arreglado á la doctrina del evangelio el perdon; mas dado caso que solo el celo de justicia le mueva, y no los sentimientos de la injuria, no me atreveria á condenarlo por pecado; pero siendo en el hombre ofendido bien dificultoso, aunque no imposible, ya no está en uso el dar por enemigo en rebeldía, aunque la ley no está derogada; mas no tratando como no tratamos aqui del fuero interno, y sí solo de la justicia de la ley, digo que puede autorizar al enemigo para que ejecute la sentencia en los casos que lo tiene por conveniente, y el enemigo aunque pecase, la ley justamente pudo permitírselo.

*Esc.* Ya me hago cargo que la ley permisiva puede ser justa, no obstante que lo que permita no se pueda ejecutar sin pecado, pues queda al arbitrio de él, á quien se permite, el ejecutarlo ó no, y el que la ley lo permita, ó no lo castigue, no quita el que el permitido peque si lo ejecuta.

*Ab.* Entendido ya en la doctrina de la ley 3, tít. 10, lib. de Recopilacion, y sabiendo que hay casos en que se puede dar por enemigo en rebeldía, permitiendo á la parte ofendida el castigo y ejecucion de la sentencia, sin que incurra en pena alguna, prescindiendo de que peque ó no, entra ahora la verdadera inteligencia de esta ley, por la que no obstante de que por la citada ley de la Recopilacion para condenar á uno en la pena ordinaria de un delito en rebeldía, aunque sea capital, bastan los indicios para tortura con la contumacia y fuga: para en los casos que se puede cometer la sentencia á la parte ofendida, que se llama dar por enemigo, no basta la contumacia y indicios suficientes para tortura, y es preciso: primero, que el delito esté probado con pruebas bastantes, sin que basten presunciones de derecho: segundo, que pasen tres meses despues de la sentencia, en que por pruebas bastantes y legítimas se le haya condenado en la pena ordinaria: tercero, que sea pedido por el acusador.



*Esc.* ¿Y cuál puede ser la razon de diferencia?

*Ab.* La razon es bien clara: la sentencia de rebeldía no se ejecuta hasta que despues de preso el reo es oido sobre sus escepciones; y como el dar por enemigo es cometer la ejecucion á la parte ofendida, justamente por la ley se requieren las pruebas bastantes y legítimas, sin que basten presunciones, y demas requisitos que son necesarios para la sentencia, que no se ha de ejecutar en las penas corporales sin oir al reo sus escepciones.

*Esc.* Lo entiendo; y sin duda que hay notable diferencia de un caso á otro, una y otra ley son justificadísimas; esta porque requiere prueba sin que basten presunciones, y la de la Recopilacion, porque aunque basten las presunciones *juris*, no permite sin la audiencia al reo la ejecucion de las penas corporales.

Pregunto: ¿y podráse cometer á otro tercero la vindicta sin que incurra el tercero en pena? no hablo de fuero interno.

*Ab.* Las leyes que eximen de la pena á la parte ofendida no dicen nada acerca de poder valerse de otros; y asi digo que no diciendo nada la ley, y siendo un derecho personalísimo, no se puede cometer á otro, aunque esté imposibilitado, y aunque sea á hijo á quien se cometa, digan lo que quieran los autores secuaces del derecho de los romanos, y diga lo que diga la ley *Gravis*, *codice de Adulterio*; pero podrá valerse de personas de satisfaccion para

su defensa, y mas bien asegurar ó poder ejecutar la muerte sin que los auxiliadores incurran en pena civil; no me meto en ser moralista y hablar del fuero interno: la razon es, porque cometiendo á uno un acto, se entiende cometido todo lo que conviene para la ejecucion de él; y no diciendo las leyes, ni restringiendo el modo de matarle, es libre el elegir los medios que tenga por convenientes para mejor ejecutar el acto de su comision; pero siempre deberá ejercerse por él como personalísimo, y no por otro de los que lleve para su auxilio y defensa: por lo mismo soy de opinion que si uno que le fuese auxiliando hiciese la muerte, á no ser en propia defensa, no deberia quedar impune, bien que la pena fuese mas moderada que la ordinaria; pero si no la ejecutase el auxiliante, aun cuando le cogiese y asegurase para que el defendido ejecutase su comision, no incurria en pena alguna civil.

*Esc.* ¿Pero esta ley de Toro estará derogada hoy?

*Ab.* No está en uso, y asi yo no he visto caso alguno; y es la razon, porque como segun esta ley es preciso que la sentencia de muerte haya sido dada con pruebas evidentes y concluyentes, sin que basten indicios ni presunciones, y que pasen tres meses, y ademas que la parte acusada lo pida, juzgo que acaso desde que se estableció esta ley no haya habido caso, y puede que el fin de los legisladores en ella haya sido el dificultar los casos en que pueda darse por enemigo en rebeldía; y me persuado á que le han conseguido; y es de advertir, y con esto concluyo, que no puede ejecutarse tal sentencia ni aun por la parte ofendida fuera del reino, ni despues que el reo se presente, ó el juez le capturó: ni puede ejecutarse con veneno; bien que en este caso, aunque debiera ser castigado, seria con pena menor, no con la pena ordinaria.

## LEY LXXVII.

*Por el delito que el marido ó la muger cometiere, aunque sea de heregía, ó de otra cualquier cualidad, no pierda el uno por el delito del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio: mandamos que sean habidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delito los bienes de cualquier de ellos sean declarados por sentencia, aunque el delito sea de tal cualidad que imponga la pena* ipso jure.



## COMENTARIO.

*Ab.* Aunque en la compañía de marido y muger, como es el marido el administrador, tenga segun la ley final, tít. 4, lib. 5 del Ordenamiento, libre facultad de enagenar los lucros y bienes gananciales, no perjudicará su delito á la muger, como ni el de esta al marido en ellos por la mitad que como á socios corresponda á cada uno respective; lo mismo que en cualquiera contrato de sociedad sucede, que lo que á cada compañero corresponde, tanto por capital que haya entrado en la compañía, como por mitad ó parte de ganancias, no es responsable al delito del compañero.

*Esc.* Con que segun esta ley no hay diferencia en que el delito sea de la gravedad que sea, ni en que por él haya incurrido en pena y confiscacion *ipso jure* ó no.

*Ab.* Ya conoces tú cuan justo es de que el compañero no pierda sus bienes ni derechos por el delito del compañero: con que es de material la gravedad del delito, y asi el erario que por la confiscacion entre en los bienes, como si fuese un sucesor en ellos, está obligado á responder al compañero lo mismo que estaria el mismo condenado en caso que se disolviese la compañía; pero como hay delitos por los que *ipso jure* se incurre en la pena de confiscacion, hubo la duda de si los gananciales se habian de entender hasta la perpetracion del delito solamente, ó hasta la sentencia; y esta ley declara la duda, diciendo que aunque el delito sea de calidad que por él se incurra en la pena *ipso jure*, no se entienda disuelta la compañía para el efecto de los intereses y lucros hasta la sentencia, y asi que los gananciales del tiempo intermedio, entre esta y la comision del delito, se entiendan por mitad corresponder

á los socios, y por lo mismo deberá el fisco restituir al cónyuge socio inocente la mitad de ellos, lo mismo que la de los adquiridos antes del delito.

## LEY LXXVIII.

*La muger durante el matrimonio por el delito puede perder en parte ó en todo sus bienes dotales ó de ganancia, ó de otra cualquiera cualidad que sean.*

### *COMENTARIO.*

*Ab.* Sepas que por derecho comun la dote no podia ser confiscada sino en ciertos casos: la razon sin duda seria porque el marido es dueño del usufructo, y ademas y principalmente en favor de las mugeres porque no quedasen indotadas; eran escepcion de la regla cinco casos, de que se infiere que la principal razon no era la inocencia del marido, pues si asi fuese, lo mismo seria en unos que en otros: nuestra ley correctoria del derecho comun determina lo contrario, mandando que todos los bienes que correspondan á la muger, sean dotales, parafernales de gananciales, ó de cualquiera clase, en parte ó en el todo, puedan ser confiscados por la misma razon que los del marido lo puedan ser por su delito; no obstante que á la muger inocente se le siga perjuicio de que se disminuyan ó pierdan en todo los bienes de su marido de que habia de mantenerla, y de los que la mitad de gananciales habian de ser suyos.

*Esc.* ¿Con que de ese modo por el delito de la muger, aunque no sea condenada á muerte natural, puede perder el todo de sus bienes, no solo cuanto á la propiedad, sí tambien en cuanto al usufructo?

*Ab.* Si que puede perder: y el perjuicio que el marido sufre no le hace la ley, sino que se le causa el mismo delito de la muger: la ley es justa en imponer pena á cualquiera de confiscacion, con que confiscados los bienes de la muger, ya no los tiene; y no teniéndolos, ningun derecho quedó al marido, y el perjuicio que sufre es indirec-



to, como sucede con todos los que tienen utilidad en que otro tenga bienes, que no es bastante la inocencia de aquellos para dejar de ejecutarse las penas contra los delincuentes: ejemplo en la misma muger respecto de los bienes de su marido, los hijos de los de los padres, que aunque inocentes no es bastante su inocencia para que los delitos queden sin el castigo en las personas y bienes de los culpados, que las leyes establecen para bien de la república en el escarmiento.

*Esc.* Y dígame vmd.: y si hubiese pacto de lucrar parte del todo de la dote, ó si la dote se hubiese dado por parientes ó estraños, con la espresa condicion de que disuelto el matrimonio vuelvan al que los dió, ó vayan á otro, ¿en caso de delito de la muger podrán los bienes de esta dote ser confiscados?

*Ab.* No: en la parte que haya de venir á otro, porque en estos casos el todo de la parte de la dote, que disuelto el matrimonio ha de venir al marido ó á otra persona, nunca son bienes de la muger, y por consiguiente la confiscacion no cae en ellos por su delito.

*Esc.* ¿Y por el delito del marido será confiscado el usufructo de la dote de la muger, supuesto de que el marido durante el matrimonio es dueño de la dote, y tiene el usufructo?

*Ab.* No; porque aunque es dueño lo es interino, y con la responsabilidad á la restitucion y carga de sostener las del matrimonio; y como la muger ademas del caso de disolucion de matrimonio, en el de que el marido venga á inopia, puede pedir su dote para alimentarse, viniendo por la sentencia el marido á inopia como viene, tiene la muger derecho á pedir su dote, y es de mejor derecho al usufructo de ella que el fisco; asi como este siendo los bienes del marido es de mejor derecho á los confiscados por la sentencia, aun en perjuicio de la muger y hijos, que tenian alguno á los frutos y utilidades de ellos.

*Esc.* Y si tuviese mayorazgo ¿se confiscarán los frutos?

*Ab.* Digo que si el mayorazgo es del marido, y este cometió el delito, pueden ser confiscados, porque es el due-

ño; pero si es de la muger, aunque fuese en dote entregado el goce, no puede ser confiscado el usufructo, por las razones ya dichas de venir á inopia, y ser la muger de mejor derecho; pero la duda estará en el caso de que la muger sea la poseedora del mayorazgo, y la que cometió el delito.

*Esc.* Y bien: ¿en caso de que una muger casada y con mayorazgo cometa delito, por el cual se la confisquen todos sus bienes, se entenderán confiscados los frutos del mayorazgo?

*Ab.* El caso es dudoso; porque á la verdad el usufructo pertenece al marido constante matrimonio: con que no pudiéndose confiscar la propiedad, á que habia de seguir como secuela el usufructo, y no estando espresa la ley en este caso, no obstante las razones de la opinion contraria, en el ínterin que por la soberana autoridad no se declarase si la ley es estensiva á este caso, juzgaria á favor del inocente marido; porque si el dote sujetó á restitucion disuelto el matrimonio, ni se confisca la propiedad por no ser de la muger, ni el usufructo por pertenecer al marido, parece que en los bienes de mayorazgo se debe decir lo mismo, no obstante que haya alguna diferencia de casos; y asi juzgo seria lo mas seguro el pedir á S. M. la declaratoria: en el ínterin esta no se verifique mantendria al marido en la posesion y goce del usufructo, declarando la confiscacion de él para el caso de disolverse el matrimonio viviendo la muger, porque muerta por supuesto que pasaba al sucesor.

## LEY LXXIX.

*Ordenamos y mandamos que las leyes de estos reinos, que disponen que los hijosdalgo y otras personas por deuda no puedan ser presos, que no hayan lugar, ni se platiquen si la tal deuda descendiere de delito ó cuasi delito; antes mandamos que por las dichas deudas esten presos, como si no fueren hijosdalgo ó exentos.*



### COMENTARIO.

*Ab.* Ya por las leyes del Ordenamiento los hijosdalgo no podian ser presos por deudas; pero nuestra ley, confirmando las mismas decisiones y privilegios de la nobleza, los restringe en el caso de que la deuda provenga de delito ó cuasi delito, en cuyos casos no gozan de la exencion y privilegio.

*Esc.* ¿Y quiénes se dicen hijosdalgo?

*Ab.* Hijodalgo es en España aquel que desciende de antigua y privilegiada sangre: la ley 3, tít. 21, Part. 2, dice que la hidalguía es nobleza que viene á los homes por linage; estos hidalgos, ademas de no poder ser presos por deudas, tienen otros varios privilegios que no son de este lugar.

*Esc.* ¿Con que los que no son nobles de sangre, esto es hijosdalgo, no gozan de la exencion de no ser presos por deudas?

*Ab.* Dice la ley y otras personas: con que supone que ademas de los hijosdalgo hay otros que no pueden ser presos por deudas, cuales son todos los que *officio vel scientia* gozan exencion de las cargas y pechos de los plebeyos, como son los que obtienen empleos que gozan de estos privilegios, y los letrados, todos ellos gozan de no ser presos por deudas, y todos pueden ser presos cuando la deuda naciese de delito ó cuasi delito; bien que se les debe dar cárcel diversa y mas honrada que la comun de los plebeyos, segun la ley 11, tít. 2, lib. 5 Recopilacion.

*Esc.* ¿Y puede renunciarse este privilegio de que vamos hablando?

*Ab.* El Antonio Gomez en esta ley dice que no, porque es privilegio concedido á la nobleza: el Villadiego, á la ley 8 del Fuero-juzgo, dice que puede con juramento solemne.

*Esc.* ¿Y si el que contrajo con el noble no lo sabia?

*Ab.* El que contrae con otro debe saber su condicion, y asi no es bastante el que lo ignore, á no ser que el noble maliciosamente lo haya ocultado, esto es, negando ser-

lo, en cuyo caso no le aprovecha: tampoco goza del privilegio de que vamos hablando el noble que se hace colector ó arrendador de rentas reales, segun la ley 4, 14 y 17, título 2, lib. 6 de la Recopilacion.

*Esc.* ¿Y esos privilegios pasan á los hijos?

*Ab.* A los hijos del hidalgo y noble de sangre por supuesto que sí, porque lo son; pero no á los hijos de los nobles por oficio ó ciencia.

*Esc.* ¿Y los bachilleres de universidades mayores gozan de los privilegios de nobleza personal?

*Ab.* No: es espresa la ley 2, tít. 14, lib. 6 de la Recopilacion; estos gozan de los de universidad que á los bachilleres les estan concedidos; pero no de los nobles como los doctores y abogados.

*Esc.* ¿Y los hijos de los hidalgos ilegítimos gozan los privilegios?

*Ab.* Por el derecho de las Partidas no tiene duda que los hijos, aunque no legítimos de los nobles, los gozaban por sus privilegios concedidos á la sangre, con tal que sean de una concubina retenida en casa, ó de modo que no se pudiese dudar ser hijos; pero despues de las leyes de Toro, para que gocen parece que deben ser habidos de aquella con quien el padre se podia casar sin dispensacion, y el padre le reconozca, aunque no la haya tenido en casa, que son las condiciones requeridas para decirse hijos naturales. Algunos han entendido que por la ley 20, tít. 11, lib. 4 de la Recopilacion los hijos ilegítimos no gozan del privilegio de nobleza y exencion de pechos; pero lo que la ley dice es, de que los legitimados por rescripto del príncipe no gocen de la hidalguía y exencion de pechos si antes de la legitimacion no gozaban; y lo que se infiere de ella es que la legitimacion por rescripto no aprovecha para la hidalguía y exencion de pechos, si el legitimado antes no la gozaban, infiriéndose de ello que hay ilegítimos que gozaban antes de la legitimacion: ¿y cuáles sean estos? Sin duda que los naturales segun las cualidades que prescribe la ley 11 de Toro. La citada ley de la Recopilacion sí que deroga la generalidad de la ley 12 de Toro, en que se dice que el legitimado por rescripto, aunque no suceda á sus padres en concurso de los legítimos, no difiera en cosa alguna de ellos en las honras y preeminencias; y así hoy se debe decir que los hijos legitimados por rescripto no se diferencian de los legítimos en la nobleza y exencion de pechos reales, si antes por ser naturales los gozaban; pero no los gozan, y por consiguiente difieren en esto, si antes de la legitimacion por no ser naturales, segun los requisitos que pide la ley 11 de Toro, no los gozaban.



*Esc.* ¿Con qué se deberá tener presente esta distincion, nacida de la ley 20, tít. 11, lib. 12 de la Recopilacion, en la ley 12 de Toro, en cuanto á lo que dice de suceder en las honras y preeminencias como los hijos de matrimonio?

*Ab.* Sí que debe tenerse en cuanto á esa parte, porque cuando la esplicamos, como solo tratabamos de la sucesion de bienes, no nos detuvimos con individualidad en esta particular de la ley, en que compara en honras y preeminencias con los legítimos los legitimados por rescripto.

*Esc.* Y diga vmd., si el padre fuese hidalgo y la madre plebeya, ¿el hijo será hidalgo?

*Ab.* Sí: porque en Castilla así como llevan los hijos el apellido de los padres siguen su condicion en cuanto á la nobleza.

*Esc.* ¿Con qué si la madre fuese noble y el padre plebeyo no la gozarán?

*Ab.* En no siendo el padre hidalgo, aunque lo sea la madre, el hijo será plebeyo por la razon dicha de que en Castilla en cuanto á nobleza siguen los hijos la condicion de los padres, y se confirma con las leyes 2 y 3, tít. 11 de la Part. 2, y la 1, tít. 10, Part. 7.

*Esc.* Pues yo habia oido decir que el parto sigue el vientre, esto es, á la madre.

*Ab.* El parto de las personas, esto es, de los ciudadanos, sigue la condicion del padre: no así el de las cosas que están en el dominio; por lo mismo todos los animales para la adquisicion de su dominio, y saberse á quien corresponden, siguen el vientre: si son las madres mias, mios son los hijos ó las crias; si tengo una esclava, el parto será mio, aunque el

padre sea libre ó siervo de otro; porque estas personas de los siervos están en el dominio de los demas hombres, segun las reglas de adquisicion que todos los animales y cosas; bien que en favor de la libertad se ha introducido, que si la madre fuese libre por algun tiempo, sea en el de la concepcion, sea en el del nacimiento ó en el intermedio, el parto sea libre; pero cuando se trata de los hombres libres, sus honores y prerogativas de sangre, no á la madre sino al padre siguen, y así serán hidalgos si lo fuesen los padres, y plebeyos, aunque la madre sea hidalga, si plebeyos.

*Esc.* Y la viuda que no es hidalga ¿goza de la nobleza por el tiempo de su viudedad?

*Ab.* Sí, porque siendo en el matrimonio dos en una carne, nuestras leyes han querido que la muger, no solo siga la condicion del marido durante el matrimonio, sí tambien despues cuando sea viuda, en cuanto le sea favorable.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo si fuese noble y el marido plebeyo en la viudedad será noble?

*Ab.* La muger plebeya casada con noble goza de la nobleza en la viudedad; pero si fuese con pechero y ella noble, aunque peche cuanto estuviese casada por seguir la condicion del marido, muerto recobra su nobleza. Es digna de saberse la fórmula y solemnidad que se usaba antiguamente en Castilla para recobrar la viuda de plebeyo hija de hidalgo su hidalguía: la trae el Fuero viejo de Castilla en el libro 1, título 5, al número 17 dice así: "Fazaña de Castiella es, que la dueña hijadalgo que casase con labrador »que sean pecheros los suos algos; pero se tornarán los bie»nes exentos despues de la muerte de suo marido, é debe to»mar á cuestas la dueña una albarda, é debe ir sobre la »fuesa de suo marido, é debe decir tres veces dando con el »canto de la albarda sobre la fuesa: villano toma la villanía, »da á mí mia fidalguía"

*Esc.* Es particular la fórmula, y estraña aunque significativa de lo que se quiere significar: volvamos á nuestra ley. Con que no siendo por deuda que descienda de delito ó cuasi delito, los nobles y demas que gozan de exencion de pechos por sus oficios ó ciencias, ¿no pueden ser presos?



*Ab.* La ley no lo dice, si no que lo supone; y lo que dice es, que los nobles y demas que segun leyes de estos reinos no pueden ser presos por deudas, lo puedan ser cuando estas nazcan de delito ó cuasi delito.

*Esc.* ¿Con qué no siendo noble que goce de la exencion de pechos por oficio ó ciencia, ó muger, todos pueden ser presos por deudas civiles?

*Ab.* Hay varios que tienen privilegios por las leyes para no poder ser presos por deudas, sin que gocen la exencion de pechos, de los que hablamos ya en la ley 64 de Toro cuando referimos los que no pueden ser preferidos por falta de fianza de saneamiento en las causas ejecutivas.

*Esc.* Ya me acuerdo que en la via ejecutiva tratamos de los que no pueden ser presos por deudas; y pues no tengo mas que preguntar en esta ley vamos á la ochenta.

## LEY LXXX.

*El marido no puede acusar de adulterio á uno de los adúlteros seyendo vivos, mas que á ambos adúltero y adultera los haya de acusar, ó á ninguno.*

## *COMENTARIO.*

*Ab.* Aquí trataremos del adulterio que le difiniremos, *accessus carnalis cum muliere proximi*: esto es, el acceso carnal con la muger agena. Esta definicion comprende solo al adulterio de que habla esta ley, porque aunque la muger no sea casada, con que no sea propia y el hombre sea casado, tambien es adulterio el acceso carnal á ella. Antes de tratar del adulterio es forzoso decirte que todo acceso fuera del matrimonio ha sido siempre ilícito; y si algunos han dicho que antes de la institucion del matrimonio por derecho natural primero ningun coito era ilícito, consistió en mi entender en que empeñados en seguir la doctrina de los romanos por derecho natural primevo entendieron lo que es solo inclinacion de la naturaleza: es constante que la inclinacion natural á la junta de varon y hembra no distingue

de estados ni clases; pero es impropio llamar á esta inclinacion derecho natural primevo: por lo mismo justamente se ha mandado por el tribunal de la santa Inquisicion poner notas á tales proposiciones, no obstante el buen nombre de sus autores, porque los que lo leen, si no saben el modo de pensar de aquellos se escandalizarán entendiendo el derecho natural primevo, como se debe entender, por el derecho racional, aunque los autores lo hayan entendido como Justiniano.

*Esc.* ¿Con qué por derecho racional ó natural primevo todo coito fuera del matrimonio ha sido siempre ilícito?

*Ab.* Sí: lo mismo fue Dios criar á Adan, viendo que al hombre no convenia estar solo, le dió compañera, formando á Eva de una costilla compañera; ya tenemos matrimonio santificado por Dios (aunque no con la gracia de Sacramento hasta Jesucristo); así que Adan la admitió por tal, cuando despertó del sueño, y dijo: *nunc os ex ossibus meis, & caro de carne mea:* esta es carne de mi carne, y hueso de mis huesos. Despues mandó Dios que crecieran en hijos y multiplicasen: el no mandar Dios á nuestros primeros padres multiplicar hasta despues del contrato matrimonial, y darle á la muger por compañera, argulle que el coito carnal, como propio de la naturaleza animal, aunque Dios habia dispuesto que la propagacion de la especie humana fuese por medio de la generacion, no habia de ser movido del impulso natural solamente como en las bestias, sino reglado por la razon, como deben ser todas las acciones humanas, aunque naturales, para ser honestas, á diferencia de las de los brutos, que careciendo de razon siguen el impulso de las inclinaciones de la carne; y así como todas las demas acciones deliberadas del hombre, esta debia ser regulada por la razon á diferencia de las de los brutos.

*Esc.* Bien dicho estará eso; pero yo no lo entiendo lo bastante.

*Ab.* Si las acciones naturales del hombre deliberadas, para ser racionales deben ser mandadas de la razon á diferencia de las de los brutos, cuando no son gobernadas por la razon, sino por las pasiones brutales, dejan de ser honestas



y contradicen á la razon, á quien deben obedecer; y por consiguiente tales acciones deliberadas desordenadas de la obediencia á la razon, son deshonestas, porque la honestidad de todas las acciones está en la conveniencia con la razon. Es cierto que en el hombre hay varias acciones en que convenimos con los demas animales; pero se diferencian en el modo de ejecutarlas, prescribiendo este como el tiempo, sitio &c., la razon que las hace honestas, justas, y aun de precepto cuando son necesarias.

*Esc.* Muy bien todo eso; pero aun no lo acabo de entender.

*Ab.* Dios desde el instante primero de formada nuestra primera madre de la costilla de Adan, quiso señalar al hombre la distincion que entre él y los demas animales habia de haber para la propagacion de su especie, no obstante que tenia determinado fuese por generacion ordinaria como la de los demas animales, instituyendo el matrimonio Sacramento (cuidado que hasta Jesucristo no pasó á la dignidad de Sacramento), santificándole con su aprobacion, haciéndole indisoluble para que hombre y muger constituyesen una compañía indisoluble de por vida, y á diferencia de los demas animales se juntasen estos compañeros en una carne, y de este modo se propagase la especie: el hombre, que es un medio entre el ángel y el animal, asi como las operaciones racionales no las ejerce con la pureza qne el ángel por lo que tiene de animal y terreno, así las acciones animales necesarias ó convenientes las debe hacer con diferencia de los irracionales, y conforme á la razon, dejando de ser racionales, y siendo brutales cuando faltan al orden que aquella prescribe, y se asemejan en todo á las de las bestias sin subordinacion á la razon.

Habiendo Dios instituido la sociedad del matrimonio desde luego que en el mundo hubó hombre y muger, y antes de mandarles multiplicar, y siendo como es tan conveniente para la educacion de los hijos, no pudiendo el hombre dudar que (á diferencia de los irracionales) sus hijos no solo debian ser criados, sí tambien educados por sus padres, y que mal se podian desempeñar estas obligaciones por los padres si no vivian juntos; que la diferencia entre el hombre

y el racional pedia que aun en las acciones animales se distinguieran, acomodándolas al fin del modo mejor y mas honesto, y siéndolo para la propagacion, crianza y educacion el que preceda la indisoluble amistad y union matrimonial, no pudo dudar Adan ni descendiente suyo de sana razon de que su propagacion, á que por naturaleza se hallaba inclinado, no debia hacerse sino del modo mejor, diferente de la de las bestias, y mas conveniente á la utilidad de los hijos, su crianza y educacion; y como este la misma razon enseñe ser por medio de coito matrimonial, sacamos que por derecho racional está prohibido fuera de matrimonio.

*Esc.* Entiendo que el hecho de Dios en haber instituido el matrimonio en el primer instante despues de la formacion de Eva, de modo que no hubo cuasi tiempo en que hubiese en el mundo hombre y muger sin que hubiese matrimonio, mandando que multiplicasen y llenasen la tierra, argulle de que Dios tácitamente reprobaba en el hombre todo otro coito fuera del matrimonio, y así no tengo duda en que por derecho divino desde el paraiso terrenal están reprobados todos los coitos estraños del matrimonio; pero de ese mismo hecho de Dios infiero yo que por derecho natural de razon no estaban reprobados los coitos fuera del matrimonio, porque lo que era de derecho natural racional lo conocia muy bien Adan como tan sabio, y no era necesario el que Dios los prohibiese ni tácita ni espresamente, si por derecho natural fuesen prohibidos.

*Ab.* Mucho cavilar es eso para quien no ha estudiado filosofia sino poco y de ceremonia: en los preceptos naturales de razon, hasta que los hombres se corrompieron con sus vicios, no hubo necesidad de espresa promulgacion por estar impresos en el alma, y así Dios no los mandó con precepto esterno hasta el monte Sinai, y por lo mismo tampoco prohibió Dios el coito fuera del matrimonio con precepto esplícito hasta la promulgacion del decálogo; y por lo mismo no digo que Dios con precepto espreso prohibiera á Adan y á Eva el coito fuera del matrimonio, porque la misma razon se lo prohibia, no ignorando estos sabios nuestros padres el de vivir honestamente como criaturas dotadas de razon; sino que lo que digo es que la conducta de Dios con nuestros primeros padres nos da á conocer aun á nosotros, que tenemos la razon menos sana que ellos la tenian, que fuera del matrimonio la razon reprobaba todo coito, pues la Providencia divina cuidó de bendecir en su institucion, y en el primer instante que hubo en el mundo hombre y muger, el matrimonio, dentro del cual habia de ser lícito el coito, y por medio del que habia ordenado la lícita propagacion, santificando con su aprobacion divina esta sociedad conyugal; y así ni hubo necesidad de reprobar los demas coitos, pues la razon los reprobaba, y solo sí de santificar é instituir el matrimonio en el primer instante de haber hombre y muger eñ el mundo, para que la especie humana pudiese de luego con un nudo racional en union santificada, á diferencia de los irracionales, sin pérdida de tiempo propagarse: por lo mismo podemos decir que la naturaleza, inclinada á la propagacion, pero sujeta siempre á la razon, no tuvo tiempo despues de haber varon y hembra en el mundo en que no pudo propagarse lícitamente, ni lo hubo en que la razon no prohibiese al hombre la propagacion (á que la naturaleza le inclinaba) del modo comun y brutal que la procuran los animales brutos.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo la simple fornicacion siempre estuvo prohibida aun antes de la venida de Jesucristo?

*Ab.* Y aun antes de la promulgacion de la ley en el monte Sinai, ¿pues no has oido decir que por derecho natural racional es prohibido todo coito fuera del matrimonio santificado por Dios?

*Esc.* Dígame vmd. el *crescite*, *et multiplicate*, *et replete terram*, ¿fue precepto á Adan y Eva, ó fue solo manifestar Dios la permision que les daba, supuesto el matrimonio, para que pudiesen procrear y multiplicar la especie? porque á la verdad las palabras son preceptivas, y supuesto de que estaba ya el matrimonio instituido no parece habia necesidad de precepto, pues ya sabria Adan que supuesto el matrimonio tenia obligacion á pagar el débito á su muger, y la muger al marido, y la intencion de Dios en santificar con su aprobacion é institucion el matrimonio; y ademas

¿qué necesidad habia de precepto espreso; bastaria muy bien la permision, para que dos tan queridos compañeros como Adan y Eva no se faltasen el uno al otro en la obligacion conyugal?

*Ab.* ¡Ay, y cuánto has metido en esa pregunta!

*Esc.* Pues vamos por partes: ¿fue precepto, ó sola permision de multiplicar el *crescite, et multiplicate*?

*Ab.* Yo no dudo que fue precepto.

*Esc.* Pues supuesta la institucion del matrimonio, ¿á qué era necesario el precepto divino esplícito, cuando Dios los preceptos naturales no los mandó esplícitamente?

*Ab.* De esa misma reflexion tuya vendrás en conocimiento que la junta de varon y hembra por derecho natural racional solo era de derecho permitente aun en el matrimonio, pues fue necesario el precepto divino esplícito para que tuviesen obligacion los dos casados á juntarse y procrear, porque si esta obligacion fuese de derecho natural racional no habia necesidad de precepto divino esplícito.

*Esc.* Pero supuesto de contraido el matrimonio, ¿no se debian mútuamente por la tradicion de los cuerpos, que hay en el matrimonio lo que San Pablo llama deuda?

*Ab.* Sí; pero esta deuda, por nacer del contrato y mútua obligacion, era entonces la misma que hay hoy cuando de los que tienen derecho exije y pide al otro; pero si uno ni otro pedian, y se convenian en vivir en virginidad, no se verificaba la propagacion, y así se les dió precepto.

*Esc.* ¿Con qué de ese modo los casados tendrán precepto divino de procrear y multiplicar, aunque no estén obligados por el contrato, sin que preceda peticion de una de las partes?

*Ab.* Adan y Eva tuvieron precepto, porque era necesario para la propagacion de la especie humana; pero supuesta la multiplicacion no hay precepto á cada uno de los matrimonios, sino á la especie en general, y basta que se desempeñe la obligacion y fin por cualesquiera individuos, sin que todos la tengan; y así si llegasen á quedar en el mundo solo dos casados, este matrimonio tendrá obligacion al cumplimiento del *crescite, et multiplicate*, por no poder cumplirse



por otros, y aun á casarse si solos hubiese en el mundo un varon y una hembra.

*Esc.* Bien está: lo entiendo de que fue precepto á Adan y á Eva, quienes aunque casados y obligados uno al otro por el matrimonio á la entrega de su cuerpo para la generacion y propagacion, sin el precepto divino no estarian obligados (convenidos en guardar perpetuamente virginidad) á la procreacion; pero supuesto la hermosura de uno y otro, y el amor que se tenian, pues Adan, por condescender con Eva, nos perdió faltando á Dios, no habia necesidad me parece de precepto, y sí bastaria la permision, que no podian ignorar que el derecho natural racional les concedia de juntarse y multiplicar en el matrimonio.

*Ab.* Yo opino de que en el estado de la inocencia, para que se verificara la propagacion, como Dios tenia ordenado por medio de la generacion ordinaria, fue necesario el precepto divino de *crescite et multiplicate*; y en el estado de la culpa, si no fue necesario, á lo menos fue conveniente.

*Esc.* No entiendo en que se funde vmd. para decir eso, y asi ni lo puedo contradecir ni aprobar.

*Ab.* En el caso de que nuestros primeros padres, obedientes á Dios, hubiesen permanecido en el estado de la inocencia, no me parece que bastaba la permision de derecho natural racional para que se juntasen en una carne, y que fue necesario el precepto de Dios: nuestros primeros padres en el estado de la inocencia, como tenian sujetas las pasiones á la razon, aunque conocieran que les era lícito el juntarse, como es el hombre (lo mismo la muger) un medio entre el ángel y el animal, siempre habia de querer mas asimilarse al ángel como mas noble, que al irracional como inferior; y asi estando las pasiones por una parte sujetas en un todo á la razon, por otra no teniendo precepto de Dios, siempre huirian de las acciones que les degradaban y bajaban á la parte animal mas que las que les subian á la similitud de los ángeles; por lo que seria muy regular el que por querer siempre lo mas noble, no teniendo precepto de Dios en contrario, usando de la libertad la emplearan mas bien en cosas de racionales y en el ejercicio del entendi-

miento, que en las operaciones, aunque lícitas, de la parte animal: por lo mismo lo regular es de que en aquel feliz estado sin precepto de Dios no se juntarian en una carne por mucho que se amasen, pues el amor mútuo, y en el grado mas eminente, le podian ejercer como cosa del alma, sin juntarse ni querer juntarse en una carne.

*Esc.* Pero dígame vmd., aunque en el estado de la justicia original nuestros padres tuviesen como tenian sujetas las pasiones á la razon, y que ellos por su voluntad quisiesen mas bien vivir vida semejante á la de los ángeles en la pureza, que el juntarse en una carne, aunque conocian serles lícito: siendo como eran tan sabios ¿no habian de conocer el que Dios tenia dispuesta la propagacion de la especie por medio de la generacion?

*Ab.* Bien que lo conociesen asi; pero el hecho de dejarlo Dios á su eleccion y no mandárselo, y conociendo la mejoría de la virginidad (faltando el precepto) á la del coito marital, dirian: supuesto que Dios lo deja á nuestro arbitrio, no le desagradamos en hacer eleccion de la virginidad, pues no le puede parecer mal que elijamos lo mejor; porque si Dios quiere multiplicar la especie lo hará de muchos modos que puede; porque si quisiera precisamente que fuese por generacion ordinaria, nos lo mandaria como Señor que es absoluto; con que no habiéndolo mandado, señal es de que eso no lo quiere absolutamente, sino que lo deja á nuestra eleccion; y siendo como es mejor la virginidad que el coito lícito (faltando el precepto), no se desagradará de la eleccion de la virginidad, pues su infinito poder hará lo que le acomode y guste, para que se verifique la existencia de los hombres y las mugeres que quiera criar.

*Esc.* Estoy convencido de que para el estado de la inocencia, y que en él se verificase la propagacion de la especie humana por medio de la generacion, fue necesario precepto en nuestros primeros padres; pero para el estado de la naturaleza caida, sin duda que no lo fue me parece á mí: ¿qué dice vmd.?

*Ab.* Para el estado de la naturaleza caida no me atreveria á decir que lo fuese, aunque pudo serlo tambien; pero á lo menos fue conveniente, porque despues de pecar nuestros primeros padres, aunque la carne se rebeló contra la razon, la razon no perdió toda su fuerza, y bien conoceria esta de que no habiendo precepto que obligue á la conjuncion marital, la virginidad siempre habia de ser mas agradable á Dios que el coito, aunque lícito como el marital: deseosos (y arrepentidos) de satisfacer á Dios en lo posible por su pecado, habian de en todo buscar lo que mas agradaba á Dios, y procurar la mortificacion de los sentidos en la penitencia; con que de comun consentimiento Adan y Eva, asi como aunque á todos en general es lícito el matrimonio, y vemos que algunos grandes pecadores para mejor satisfacer por sus culpas, y hacer penitencia mortificándose, no le eligen; y aun casados para mejor servir á Dios de comun consentimiento, ó no se juntan, ó se separan, no seria estraño el que eligieran por mortificacion y penitencia, por mas agradar á Dios, aun contra sus naturales inclinaciones, rebeladas ya á la razon, el contenerlas guardando castidad virginal; con que como esto podia suceder, aunque no tan regular como en el estado de la inocencia, en el que juzgo regular el que sucediese por las razones dichas, fue para este estado de la culpa, si no necesario conveniente que Dios, teniendo resuelto el que la propagacion fuese por medio de la generacion ordinaria de Adan y Eva, se la mandase en el esplícito precepto de *crescite et multiplicate, et replete terram.*

*Esc.* Mucho gusto he tenido en oir á vmd. en esta materia, y quedo convencido que los que dicen que la simple fornicacion no es pecado, son unos hombres semibrutos, carnales y lujuriosos: tienen mas de animales irracionales que de racionales; participan por su culpa mas de la similitud con las bestias que con la naturaleza angélica, y han degenerado de la razon, pues á unos hombres tan racionales como Adan y Eva no bastó el que se les permitiera el coito santificándole en el matrimonio, y diferenciándole en el modo de los irracionales, sino que fue necesario precepto para que se quisiesen bajar á estas, aunque lícitas acciones en el

estado de la razon íntegra; y aun en el de la razon ya enferma por el pecado, si acaso no fue tambien necesario el precepto, lo menos fue conveniente para asegurar con la obediencia la generacion, aun en el matrimonio santificado con la divina aprobacion é institucion entre unos perpetuos indisolubles amigos como Adan y Eva.

*Ab.* Los que opinan contra el precepto del decálogo, é inteligencia que á él da la santa Iglesia Católica, son unos soberbios, lujuriosos y brutos: esos á la inclinacion de la naturaleza, y aun al desorden que se opone á la razon, como en ellos tiene mas imperio el ímpetu desordenado que la misma razon cuasi muerta, lo quieren llamar derecho natural, llamando derecho á lo que es rebelion de la carne por el pecado contra la razon, parte principal y mas noble del hombre: dejemos á estos bestias revolcados en el cieno de sus vicios y en los errores de su razon, cuasi del todo muerta por el imperio que han dejado tomar aquellos, y continuemos nuestra ley.

*Esc.* Sigamos con ella; pero antes dígame vmd.: está bien que el coito fuera del matrimonio sea ilícito; pero seria conveniente que todos se casasen y no hubiera celibatos, pues segun he oido decir el celibatismo de los eclesiásticos es perjudicial al estado.

*Ab.* Ola: ¿tambien tú has andado entre quienes se llaman políticos, aunque mal llamados?

*Esc.* A alguno otro he oido decir que el estado pierde mucho con el celibato de los clérigos y frailes; que en España tenemos falta de poblacion, y que consiste en el núro escesivo de clérigos y frailes.

*Ab.* Que los clérigos y frailes es conveniente fuesen celibatos no tiene duda: santo y bueno es el matrimonio, y hoy despues de la venida de Jesucristo es uno de los Sacramentos que instituyó; pero sin duda de que la castidad absoluta, esto es, el celibato, es mas perfecto, tienen mas similitud á los ángeles, quienes le profesan, que los que guardan castidad matrimonial, porque mas pureza es renunciar de toda conjuncion carnal que usar de la lícita del matrimonio; y asi la han procurado seguir como mejor haciendo



voto absoluto de castidad los mayores santos: esta mayor pureza, siendo Dios como es el espíritu mas puro, ha querido en los ministros del altar, despues de la venida de su Santísimo Hijo, por tener que traerle y tenerle en sus manos; y la Iglesia Romana asi lo ha mandado, sobre que no hay duda ni pueden dudar sino los faltos de obediencia á la santa Iglesia Católica Romana.

*Esc.* Hay algunos que no dicen que los ministros del altar no deban de ser célibes y con la mayor pureza, sino lo que dicen es, que el celibato de estos es perjudicial á la poblacion.

*Ab.* Esos, aunque preciados de políticos, entienden tanto como tú de política y verdadero interes del estado: pusiera yo cualquiera cosa á que esos si estan ausentes de la corte, y necesitan el favor de ella para sus intereses, que hacen cuanto pueden por tener de su parte persona ó personas que esten al lado del Rey ó del ministro en quien consista su conservacion en el empleo y sus adelantamientos: á que si pueden tener de su parte al mas querido del Rey ó ministro, no se contentan con los que al Rey ó ministro solo no les desagradan, y de quien se deja servir: á que no tienen por atraso en sus intereses lo que gastan en obsequio del tal ó de los tales favoritos del Rey ó ministro, á quien necesitan para sus ascensos, para salir bien de un lance en que se hallen, ó para obtener remision de algun defecto en que hayan incurrido ó puedan incurrir.

*Esc.* Es claro que el que depende del Rey y el ministro dará por bien empleado cuanto gaste por tener amistad y de su parte á los favoritos ó mas queridos del Rey, ó del ministro de quien pende su felicidad.

*Ab.* Ah bien! todo estado en comun, y cada individuo en particular, necesitamos y dependemos no solo en los bienes espirituales, sino tambien para la subsistencia y posible felicidad temporal, á Dios, que es el soberano Rey y dueño de todo: los ministros del altar son por quienes dirigimos las súplicas en todas nuestras necesidades, y ellos son los mediadores con Dios; con que á nosotros y al estado le interesará espiritual y temporalmente de que estos ministros

sean mas del agrado de Dios, por la mayor pureza de vida, que el que solo no le sean desagradables por no hacerla impura: ademas dime, en el decreto de Dios sobre el número de hombres que ha de criar, si él ha querido los ministros suyos en absoluta castidad, sin duda que no tendrá determinado el que de ellos hayan de nacer, pues mal les habia de llamar al estado de castidad absoluta, y al mismo tiempo tener determinado el que de ellos naciesen tales y tales individuos de la especie humana: mas individuos que los que Dios tiene decretados criar no ha de haber: el número determinado en su santísima eternidad no ha de faltar; con que sacamos de que por cualquiera número de ministros y demas cristianos á quien Dios llama á la vida de pureza angelical, el número de los hombres no ha de ser menor que el que en la actualidad tiene Dios decretado el criar, porque ni de aquellos á quienes llama, y no se han de juntar con muger, han de nacer otros individuos, ni dejará de criar en cada tiempo el número decretado; con que infiere tú qué perderá el estado porque en él haya mas ó menos sugetos á quienes Dios llame á vida de mayor pureza que la del matrimonio, y cuánto ganará en que los ministros del altar y mediadores con Dios en nuestras necesidades y para nuestras felicidades sean mas gratos por su absoluta pureza, que guardando castidad conyugal.

*Esc.* Estoy convencido de que es un desatino decir que porque haya muchos á quienes Dios llame á la vida de absoluta castidad habrá menos poblacion, cuando no ha de haber mas ni menos que los individuos que Dios tenga decretado de criar, ni esos han de dejar de ser criados, pues Dios bien sabia los que habian de guardar absoluta castidad, y los ministros que habia de tener con ella en su altar: ademas que el tener un estado á estos mas del agrado de Dios, y con vida mas pura, dependiendo toda su felicidad de la santísima voluntad de Dios; y siendo los ministros sus medianeros, y quienes ruegan por su felicidad, no puede serle de daño, antes bien de mucho provecho é interes en todo.

*Ab.* Has de entender que aunque digo que el mayor número de clérigos y frailes á quienes Dios llame á la vida de absoluta castidad no perjudica á la poblacion, no por eso quiero decir de que sea conveniente en un estado el escesivo número de clérigos, á quienes no Dios, sino el interes de las grandes rentas, llame á él, pues estos ni agradan á Dios ni aprovechan al estado; y asi, sin coartar la voluntad á cuantos quieran servir á Dios en pureza absoluta, se deberán tomar las precauciones que dicte la prudencia, para que los que entren al estado eclesiástico no vayan por la puerta del interes.



*Esc.* Pues veamos segun la política humana, prescindiendo del catolicismo, si el número de clérigos y frailes perjudica á la poblacion de España.

*Ab.* Pues veamos ahora como políticos, y veremos lo poco que son los que se precian de ello, y el cálculo equivocado que forman, y vaya mi opinion contraria á la suya: si la mitad de los que viven en un estado fuesen infecundos ó por voluntad, como son los celibatos, ó por impotencia, ó por otras causas, siempre se poblara hasta el número que puede mantener, y de que es capaz; y al contrario, que aunque todos fuesen fecundos no contendria mas poblacion el estado de aquella que podia mantener.

*Esc.* Vamos probando esas proposiciones.

*Ab.* Supongamos que España hoy tiene poblacion para dos millones de matrimonios; pero que por célibes voluntarios, célibes forzosos por razon de estado y impotentes, solo hay un millon de matrimonios: es constante que el número de individuos que puede mantener España no es infinito; con que siendo finito, si con Adan y Eva se pobló una vez el mundo, y con Noe y su familia otra, ¿con un millon de matrimonios cuántos mundos se podian poblar, y cuántas Españas, aunque á la mitad de los que naciesen al tiempo de nacer se les castrase? Con que si solo se castrase en cada parroquia uno cada año, que no escede en España de este número los que en cada parroquia cada año entran frailes y se hacen clérigos, ni ascenderá acaso á un cuarto, ¿qué impedimento seria para la poblacion?

*Esc.* ¿Pues no alcanzó (porque á la verdad es una

razon que me hace fuerza, que si un matrimonio pobló el mundo, un millon de matrimonios, aunque se inutilizasen la mitad, cuántas Españas poblarian y breve) en qué pueda consistir el que no esté España poblada como correspondia y podia?

*Ab.* Que no consiste en el celibatismo de los clérigos y frailes es constante: Francia ha tenido en este siglo mas número de frailes y clérigos, y Francia se ha poblado un duplo mas que España; luego no consiste en el celibatismo. En Turquía no hay celibatos: Turquía no está tan poblada como Francia, ni aun como España; luego &c.

*Esc.* ¿Con que en qué consistirá en ser las mugeres mas fecundas en unas partes que en otras?

*Ab.* Algo puede hacer para poblarse mas pronto; pero no para tener mas poblacion. España en tiempo de los Reyes Católicos tenia clérigos y frailes, aunque de estos algunos menos por las reformas modernas de las órdenes: gozaba del mismo temperamento, y por consiguiente las mugeres eran de la misma fecundidad que hoy, y entonces estaba mucho mas poblada; con que ni el celibatismo de los clérigos y frailes, ni la menor fecundidad de las mugeres puede ser la causa de la despoblacion ó menos poblacion de España.

*Esc.* ¿Pues cuál puede ser la causa?

*Ab.* Ahora solo nos basta convencer que el celibatismo no es la causa, y mi proposicion de que aunque la mitad de los individuos de España fuesen infecundos, voluntarios, naturales y forzosos, hasta donde fuese capaz España de poblarse se poblaria: vamos á la cuenta.

*Esc.* No se canse vmd. en eso, si con saber que el mundo se ha poblado dos veces con tan poca gente, y saber que España y Francia, en donde ha florecido la religion católica, y en donde es tan crecidísimo el número de célibes voluntarios, los que por razon de estado no se casan, los que mueren en las guerras, los que por amar á la pureza, sin ser frailes ni curas, viven con voto simple de castidad, en sus tiempos respectivamente florecientes, la Francia en este siglo, y España en el de los Reyes Católicos, acaso serán



unos de los paises mas poblados en estos últimos siglos, se saca que es cierta la primera proposicion de vmd.; esto es, que el celibatismo de los clérigos y frailes, hablando como políticos, no es causa de la despoblacion en los paises en donde se padece.

*Ab.* Ahora diré en prueba de la segunda proposicion, y es, que aunque en España todos los dos millones de matrimonios que podia haber con la poblacion de hoy se verificasen, y que en el reino no hubiese célibes ni impotente alguno, tendria mas poblacion de aquella que podia mantener segun sus circunstancias. Vamos con un ejemplo de que tú gustas mucho: supon tú de que tienes una dehesa, cuyos pastos son solo bastantes para seiscientas cabezas de ganado, y nada mas; con cuatrocientas cabezas de vientre que metas en ella, viniendo un año mediano crias doscientos corderos; ya el año que viene no puedes meter en ella mas ganado que las cuatrocientas cabezas y las crias del año antecedente: si hubieses metido las seiscientas cabezas de vientre en el año, que era lo que la dehesa podia mantener, por precision ó se habian de haber muerto todas las crias, ó por el hambre que á causa del mucho ganado padecerian las madres su hubieran muerto, ó tendrias que sacar parte del ganado á otra dehesa: supongamos que no tenias adonde acomodarle, y que todo el ganado habia de mantenerse en la dehesa, lo cierto es que entre crias y madres no podian vivir mas que el número de seiscientas que la dehesa podia mantener, las demas habian de perecer; y aun puede que sucediese que traspasadas de hambre todas ó las mas, no pudiendo criar los corderos, estos los mas muriesen, y las mas de las madres; de modo que habiendo repoblado la dehesa con seiscientas cabezas en el caso de haber metido cuatrocientas, y tenido seiscientas el año anterior, en el siguiente en que ya tenias suficientes, no solo no se aumentaria el número por falta de pasto, sino que es muy regular de que la mortandad y enfermedad del hambre se llevase aun algunas del número que pudo haber mantenido; y asi puede que el año siguiente en vez del aumento de otras doscientas cabezas mas las hubiese de menos.

*Esc.* Es constante lo que vmd. dice que un reino lo mismo que una dehesa no puede tener mas gente que la que puede mantener; y así si tiene ya lo bastante, por mas fecundas que sean las mugeres, ó se han de morir de hambre, ó se han de salir fuera del reino á buscar la vida, y esto vemos en Vizcaya y otras tierras, en donde llena ya la tierra de habitantes tienen que salir de la provincia los sobrantes. Pero de ese modo sacariamos (si en tiempo de los Reyes Católicos esta misma demarcacion de terreno que tiene España tuvo mas poblacion siendo el mismo clima, y por consiguiente las mugeres de igual fecundidad) que en España en vez de adelantar la poblacion ha ido en diminucion, y por consiguiente que con las gentes que en España se han casado no ha habido bastantes matrimonios, no digo para la poblacion de muchas Españas, como vmd. ha dicho, sino ni aun para la conservacion de la poblacion: fecundidad es la misma: mantenimiento ó pasto es el mismo terreno: con que en alguna otra cosa ha consistido, ú el celibatismo y mayor número de frailes y clérigos ha sido la causa.

*Ab.* No es legítima consecuencia: las provincias de España tienen el mismo terreno en este siglo que en el XV, luego tienen el mismo pasto, porque el pasto ó mantenimiento para las gentes no se ha de regular como para los ganados; no se ha de hacer la cuenta solo con los frutos que produce la tierra, porque aunque la tierra produzca solo para seis millones v. gr., pueden traerse de fuera para otros muchos mas habiendo dinero: por pasto ó mantenimiento para las gentes se debe computar todo lo que la tierra, la industria, comercio, artes y todos los arbitrios que tiene una nacion producen, y hasta adonde estos arbitrios alcancen es lo que una nacion ó reino puede mantener, aunque en el reino no se cojan frutos para tanta gente: con que en un mismo distrito ó provincia se podrán mantener mas ó menos gentes, segun lo mas ó menos industriosas que sean, aunque la tierra produzca los mismos frutos que en una poblacion v. gr. que hoy no puede mantener mas que en todo mil vecinos si mañana se pone una fábrica que dé labores para otros quinientos, ya puede mantener mil y quinientos; y al contrario una que mantenia mil y quinientos si por cualquier accidente faltase algun ramo de industria bajará la poblacion en todo aquel vecindario que el ramo de industria mantenia.



*Esc.* Lo entiendo: pues ahora quiero saber cómo, ó en qué consista, ó qué ramos de industria han faltado desde el tiempo de los Reyes Católicos acá, para que vengamos en conocimiento si á esa falta ó al celibatismo hemos de atribuir la menos poblacion.

*Ab.* El que no consiste en el celibatismo de los clérigos y frailes es constante, sin mas que el que reflexiones lo dicho de que no toca en España á cada pila medio celibato de estos en cada un año, y qué aumento ó diminucion particular puede causar el que en cada parroquia naciese uno mas ó menos cada dos años, cuando la diferencia en los nacimientos y niños muertos de unos años á otros es de muchos, y la mitad de los párvulos van al otro mundo antes de tener uso de razon, lo mismo en Francia que se halla tan poblada, como en España que no lo está tanto: y lo que no tiene duda es de que Galicia con mas frailes y clérigos que Estremadura, leguas cuadradas por leguas, porque la industria de Galicia produce para mantener mas, está sin comparacion mas poblada que Estremadura.

*Esc.* Pues veamos en qué consiste la despoblacion.

*Ab.* Descubriéronse las Indias: la codicia llamó á ellas muchas gentes: echáronse los moros de España: esta falta que fue repentina sobre la falta de los que iban á Indias hizo que de un golpe faltasen las fábricas y otras industrias: fue todo atrasando, sucedieron guerras á guerras, y fueron atrasándose todos los ramos de subsistencia; de modo que España en el producto de todos los que hoy tiene no da para mantener mas que la poblacion con que se halla. Es cierto que es capaz de volver á conseguir tanta poblacion como tuvo, si las gentes llegasen á la misma aplicacion é industria que habia en tiempo de los Reyes Católicos; pero dado caso que por falta de providencias gene-

rales, ó por falta de industria en los naturales, ó porque las naciones vecinas con su mayor industria nos impidan los progresos de la nuestra, si por cualquiera accidente no pudiese llegar España á tener el pasto, esto es, á recoger de su agricultura, comercio, artes é industria tantos productos como en tiempo de los Reyes Católicos, aunque todos los individuos del estado se casasen, todas las mugeres fuesen fecundas, y viviesen los hombres que tuviesen que comer tanto como en tiempo de Noe, España no llegaria á tener la poblacion que tuvo en tiempo de los Reyes Católicos, porque poco serviria el que las mugeres pariesen mucho si no habia con que mantenerse; y asi ó moririan como sucederia á las ovejas en el caso de no tener mas que una dehesa, que no daba para poder mantenerse las suficientes, y sus crias ó tendrian que salir del reino y aumentar en otro la poblacion.

*Esc.* Quedo convencido que no es el celibatismo el que atrasa la poblacion, pues la de los turcos no está adelantada y no hay célibes, y la de Francia, en donde ha habido muchos frailes y curas, ha llegado al mayor aumento; sino que consiste en la industria y aplicacion de los naturales á ganar para poder mantener muchos hijos, y proporcionar á estos con la educacion en oficios é industrias el poder mantenerse, y criar despues los suyos. Sigamos con la esplicacion de la ley.

*Ab.* Siendo todo coito fuera del matrimonio ilícito aun por derecho natural primero, cuanto mas lo será el en que se hace injuria á otro que tiene el derecho privativo en el cuerpo de su consorte, cuyo pecado de injuria segun la dificion es el que se llama adulterio, y no solamente se comete por el consorte que falta á la fe prometida, sino por el adúltero que se toma lo que solo pertenece al marido con privativo derecho.

*Esc.* Es constante que mayor pecado será, pues este, ademas de la deshonestidad tiene la injusticia por la injuria que al dueño se irroga.

*Ab.* Contra este delito de adulterio por su injusticia y las malas consecuencias que trae á las repúblicas en todas



las bien ordenadas se han establecido penas hasta la capital, que es la que establecieron nuestras leyes imitando á otras muchas repúblicas é imperios; pero en nuestra España la accion contra los adúlteros hasta la pena capital se ha concedido á los maridos privativamente, sin que viviendo ellos otro alguno pueda querellarse contra los reos de este crímen.

*Esc.* Lo entiendo: pero en el supuesto de que el ofendido puede pedir ó no contra los adúlteros, y que está en sù arbitrio el perdon, parece que es dura esta ley en que no pueda acusar á uno sin acusar al otro.

*Ab.* No: sino que es mas justa y arreglada á razon: el fin de las leyes no es el de que los hombres se venguen en sus injurias, sino que los delitos se castiguen para que sirva de escarmiento, y se destierren de la república, por lo que aunque Jesucristo nos manda perdonar á nuestros enemigos, puede muy bien, depuesto el odio y deseo de venganza, solicitarse el castigo de los delitos de que hemos recibido injuria; y esto puede muy bien verificarse, y quien con este celo solicita el castigo, sin duda que le solicitará igualmente contra los que han sido iguales reos del delito; y quien lo contrario hace manifiesta que no es el celo de justicia quien le mueve, sino fines particulares.

*Esc.* Es constante que el adulterio es delito que se comete por dos; con que quien pida solo contra uno dejando de pedir contra el otro no será conducido de celo de justicia, porque se falta á ella en que dos de igual delito no sufran igual pena; y asi digo que nuestra ley justamente escluye de la accion al marido que obre sin celo de justicia y por fines particulares, pidiendo solo contra uno de los co-reos, dejando de pedir contra el otro, caso de que esté vivo. Vamos á la ley siguiente.

## LEY LXXXI.

*Si alguna muger estando con alguno casada ó desposada por palabras de presente en faz de la santa madre Iglesia cometiere adulterio, que aunque se diga y pruebe por algu-*

*nas cosas y razones que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ora porque cualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio, ó haya fecho voto de castidad ó de entrar en religion, ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó de hacer lo que no debian, que por esto no se escusen á que el marido pueda acusar de adulterio asi á la muger como al adúltero, como si el matrimonio fuese verdadero. Y mandamos que en estos tales que asi habemos por adúlteros y en sus bienes se ejecute lo contenido en la ley del Fuero de las leyes que fabla cerca de los que cometieren delito de adulterio.*

## COMENTARIO.

*Ab.* Esta ley nos quita la duda que pudiera haber sobre si compete la accion de adulterio al marido cuando el matrimonio ha sido nulo; y dice que pueda ser acusada de adulterio siempre que sea desposada por palabras de presente, como manda nuestra santa madre la Iglesia, la muger que le cometa, sea antes de consumar el matrimonio, que es cuando se llama esposa de presente, sea despues, sea válido, ó sea nulo por algun impedimento que hubiese habido como el de parentesco ú otro.

*Esc.* ¿Con que de ese modo la esposa de futuro aunque tenga coito carnal con otro no puede ser acusada de adulterio por el esposo?

*Ab.* Es constante que no: la razon porque no hay matrimonio, ni adulterio por consiguiente, entendiendo el adulterio rigurosamente tal.

*Esc.* Pues tampoco hay matrimonio cuando ha sido nulo por impedimento, y por consiguiente ni adulterio rigurosamente tal.

*Ab.* Hay mucha diferencia de un caso á otro: en la esposa de futuro no hay matrimonio, ni se cree ó juzga que le hay; y en el caso de que se haya contraido matrimonio de presente con impedimento hay matrimonio putativo; y como dice la ley, por los adúlteros no quedó de



hacer lo que no debian: esto es, de parte de ellos ya violaron un matrimonio verdadero en su concepto y en el del comun de las gentes; y por la casualidad de que hubiese habido algun impedimento no quiere la ley que les escuse de la pena de adulterio, dándole la misma accion que al verdadero marido al que está tenido por tal, sin que se admita escepcion de nulidad de matrimonio para escusar de la pena.

*Esc.* ¿Y ninguna escepcion de nulidad es escepcion para la acusacion de adulterio?

*Ab.* A la verdad que esta ley que trata de hecho el asunto no distingue caso alguno: por lo mismo si el matrimonio es tenido y opinado por legítimo no hay escepcion que exima, digan lo que digan los autores que tienen empeño en dar autoridad á las leyes estrangeras contra el espíritu de las nuestras; y asi digo que si el matrimonio fuese contraido por menor de doce años, creyendo ser mayor, y antes de cumplir la edad adulterase, no le aprovecha la escepcion. Si el matrimonio fuese nulo por defecto de consentimiento, sin que la fuerza haya sido puesta por el marido, tampoco es escepcion, porque en uno y en otro caso el marido de buena fe está tenido en posesion de tal, y por los adúlteros no quedó el dejar de hacer lo que no debian, bien que convendré con los autores que ponen estos dos casos, como escepcion de que lo serán en el menor de edad cuando se contrae el matrimonio sabiendo la menor edad; ó si faltase el consentimiento en la muger violentada, y á cuya violencia haya contribuido el marido, pues en este caso, ademas de la culpa suya en la violencia, es sabedor de la nulidad, y la muger no solo lo sabe, sino tambien el que el marido no lo ignoraba; pero en el caso de que el marido esté en la posesion de buena fe del matrimonio, ninguna escepcion escusa á los adúlteros de la pena, aunque el matrimonio haya sido nulo, porque la ley no escepciona caso, y que poniéndose á tratar de hecho para decir de que no aprovechan las escepciones de nulidad usa de la generalidad *ó por otra cosa alguna*: con que digan otros lo que digan me parece que es violentar el es-

píritu de dicha ley el poner por escepcion de ella los casos de nulidad por defecto de consentimiento y de menor edad, cuando el matrimonio haya sido contraido de buena fe *in facie ecclesiæ*, que es como habla nuestra ley.

*Esc.* ¿Con que del matrimonio clandestino que antes del santo concilio de Trento era válido no habla la ley?

*Ab.* Con cuidado pone la ley la espresion de contraido en faz de la santa Iglesia por escluir los matrimonios clandestinos; y asi en el matrimonio que antes del concilio y despues de esta ley fue clandestino se admitian por escepcion á los adúlteros todas las de nulidad de matrimonio: hoy no hay matrimonios clandestinos, pues todos los que no se contraigan *coram parocho et testibus* son nulos notoriamente, y no hay adulterio, ni se da accion para acusar á los que de otro modo hayan contraido.

*Esc.* Dice la ley que contra los que son tenidos por adúlteros y sus bienes se ejecuten las penas que imponen las leyes del Fuero á los adúlteros; con que sepamos qué penas son las que las leyes del Fuero imponen en este delito.

*Ab.* La ley del Fuero es hoy la ley 1, tít. 20, lib. 8 de la Recopilacion, y la pena que impone es de que "si »la muger casada ficiere adulterio, ella y el adulterador »sean en poder del marido, y faga de ellos lo que quisie»re y de cuanto han;" pero con la restriccion de que no pueda matar á uno y dejar á otro, y la de que el poder hacer lo que quiera de los bienes de los adúlteros se entiende si no tuviesen hijos cada uno respectivamente derechos, que es lo mismo que legítimos.

*Esc.* ¿Con que en caso de que no tengan los adúlteros hijos legítimos cada uno respective, podrá hacer lo que quiera el marido de los bienes de ellos?

*Ab.* Asi es lo cierto, aunque tengan padres, quedando como queda revocada la ley 25, tít. 17 de la Partida 7, tanto en la pena personal, como en la aplicacion que hace de los bienes de los adúlteros.

*Esc.* ¿Pero hoy está en práctica esta ley de Toro?

*Ab.* Sí que está: y asi segun el marido pide se les aplica la pena, y regularmente por el tiempo de la voluntad de los maridos: el no verse la pena de muerte, es porque los maridos regularmente se contentan con una reclusion; pero la ley no está derogada, y la práctica es con arreglo á ella, aunque veas que se recluyan en San Fernando, ó en monasterios, pues siempre estas penas son á peticion de los maridos, ó porque ellos piden la pena á arbitrio y prudencia del juez; con que siempre viene á observarse esta ley, que pone á los adúlteros en la potestad de los maridos.



*Esc.* ¿Y quiénes pueden acusar de adulterio?

*Ab.* La ley 2, tít. 17 de la Partida 7 pone, concordando con el derecho de los romanos varios que pueden acusar; pero como sea preferida la ley del Fuero que es la 3, tít. 7, lib. 4 del fuero de las leyes, y estando como está en uso, síguese que solo el marido, como la del Fuero dice, es quien puede acusar, y no otro, aunque esté ausente: la razon es, porque siendo el ofendido, sin su voluntad espresa no debe tratarse, ó publicarse un delito, que acaso le puede estar á él mal el que se acuse de él; y así la ley de Partida no debe observarse por contraria á la ley del Fuero. Ya viste que la ley 1 de Toro en el orden de la autoridad de las leyes prefiere las del Fuero que están en uso, á las de las 7 Partidas.

*Esc.* ¿Y cuántos años se conceden para poder acusar de adulterio?

*Ab.* La ley 4 tít. 17, de la Partida 7 señala cinco, y no hay en contrario ley mas moderna.

*Esc.* ¿Con qué por el transcurso de cinco años se prescribe la accion de adulterio?

*Ab.* Es terminante de la citada ley, no obstante de que otras acciones duran por veinte ó mas años. Vamos con la ley siguiente.

## LEY LXXXII.

*El marido que matare por su propia autoridad al adúltero y la adúltera, aunque los tome* in fraganti *delito, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare, salvo si los matare ó condenare por autoridad de*

*nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del Fuero de las leyes que en este caso disponen.*

## COMENTARIO.

*Esc.* ¿Con qué el marido por su propia autoridad puede matar á los adúlteros cogidos *in fraganti* delito?

*Ab.* Puede en el fuero esterno, esto es, que no incurre en pena, porque al dolor justo del marido le ha tenido la ley por justa escusa para relevarle de la pena del homicidio, pero ha de ser matándoles á los dos, y no al uno solo dejando al otro vivo.

*Esc.* Sin duda por la misma razon que dijimos en las leyes anteriores que no podia acusar al uno sin acusar al otro.

*Ab.* La ley le escusa por el justo dolor que se supone en tal caso; y como este dolor, si no hay premeditacion particular contra uno de los dos, es regular produzca sentimiento igual contra los actores del delito, por eso la permision é impunidad del homicidio es cuando se ejecuta en ambos, no cuando en uno solo; pues en tal caso se cree que otros fines particulares mueven cuando no iguala á los que igualmente son reos.

*Esc.* Pues suponga vmd. que no pudo matar mas que á uno, porque el otro marchó ó se defendió.

*Ab.* En ese caso ya no estuvo de parte del marido el dejar de matarles á los dos, su venganza fue igual contra los autores del delito, pero no pudo, con que no está en culpa suya el matar á uno y dejar al otro; y aun en el caso de que voluntariamente dejase á uno sin matar, en el que no le escusa la ley en el fuero esterno por el que mató, siempre la pena debe ser menor que la ordinaria, ley 14, tít. 17 de la Part. 7.

*Esc.* ¿Y si la muger estuviese preñada, y la matase el marido junto con el adúltero, incurriria en pena?

*Ab.* La ley aunque no aprueba tales homicidios, por el justo dolor como dijimos, no los castiga; sin distincion cuando la muger está embarazada, ó el adúltero es de carácter, aunque sea clerical, y en tal caso no solo no incurre en la pena civil, de que le relevan las leyes, sí que tampoco incurre en la escomunion, que los sagrados cánones imponen á los que ponen manos violentas en los clérigos, por la misma razon del justo dolor.



*Esc.* ¿Y si el marido los halló *in fraganti*, y les mató, y no lo puede probar, cómo se ha de componer?

*Ab.* De modo que la prueba ha de ser de presunciones, porque no tiene que probar delito ni accion, sino escepcionarse de la accion que contra él se intente; y así segun el sitio y disposicion en que se hallen muertos, y demas adminículos de las circunstancias anteriores &c., se vendrá en conocimiento si se ha de dar crédito al dicho de haberles cogido *in fraganti.*

*Esc.* Pregunto: si no les coge *in fraganti* adulterando, pero los halla hablando solos en sitio sospechoso, ¿podrá en el fuero que vamos hablando, esto es, el esterno, matarles sin incurrir en pena?

*Ab.* Digo que no, si no han precedido tres denunciaciones de que no traten y hablen los dos, y estas por escrito, y á presencia de testigos en cuyo caso, si les encuentra en sitio sospechoso solos, ó en su casa ó fuera de ella, si los matase no incurrirá en pena, ley 12, tít. 17, Part. 7.

*Esc.* Ya tendré cuidado cuando llegue el caso de ver esa ley. Pregunto, si el marido matase á la muger y al adúltero, ó á uno de ellos sin hallarlos *in fraganti*, pero en su defensa probase que verdaderamente cometieron adulterio antes, ¿se escusará de la pena?

*Ab.* No, porque la ley solo escusa cogidos *in fraganti*: pero en tal caso, aunque se le impone pena, será arbitraria, y no la ordinaria del delito de homicidio: la razon, porque cuando el marido mata a los verdaderos adúlteros, escediendo el modo que prescriben las leyes, se le castiga sí por el esceso en el delito, pero no con la pena ordinaria, ley 4, título 17, Partida 7; pues al que le consta que su muger es adúltera, así como por el dolor justo cogidos *in fraganti* le deja la ley sin pena, escediéndose en lo que la ley señala, aunque no es libre de la pena, se le mitiga la ordinaria á la menor estraordinaria y arbitraria.

*Esc.* ¿Con qué esta ley lo que en sustancia nos dice es, que cuando el marido por su propia autoridad mata á los adúlteros cogidos *in fraganti*, no gana la dote de la muger ni los bienes del que matare?

*Ab.* Ya viste que por la ley del Fuero, cuando la justicia pone en manos del marido las personas y bienes de los adúlteros, se permite á este pueda hacer de ellos á su arbitrio lo que quiera, no teniendo los adúlteros hijos, que es decir, que no teniendo hijos, dote y demas bienes hace suyos, y por esta ley que no goza el marido dote ni bienes, cuando les matase por su autoridad; pero como siempre el homicidio será pecado, aunque las leyes hayan tenido por conveniente eximir de pena á los maridos homicidas de los adúlteros cogidos *in fraganti*, no ha querido esta ley estimular al delito dejándole al homicida el interes de los bienes de los así muertos: ademas de que aunque sea justa la dispensa de la pena, no es justo el que reporte el marido cómodo de su delito de homicidio.

*Esc.* En el supuesto de que el marido no goza los bienes de la muger matándola por propia autoridad cogida *in fraganti*, sucederán los hijos en ellos; y pregunto, ¿podrá suceder el marido homicida abintestato despues á los hijos en lo que heredaron de su muger muerta por propia autoridad?

*Ab.* Sí: sucede á los hijos abintestato en los bienes que heredaron de la madre adúltera, muerta por propia autoridad; pues aunque es escluido por las razones dichas de suceder en los bienes de los adúlteros que ha muerto por su propia autoridad, no lo es de suceder á los herederos de estos, pues el sucederles no es tener premio de su delito, sino suceder en su caso á quien tiene derecho de heredar: ni se puede decir que corresponde al fisco, porque estos homicidios fueron hechos permitiéndolo la ley.

*Esc.* Dígame vmd. supuesto de que solo el marido puede acusar de adulterio, si muriese y viniese pidiendo la muger su dote, ¿podrán los herederos escepcionarse con que fue adúltera, y que su marido lo ignoró; esto es, podrán los herederos del marido oponer escepcion de adulterio cometido en vida de aquel de quien ellos son herederos?



*Ab.* No: porque las acciones que son dadas *ad vindictam* no pasan á los herederos, á no ser que estuviese ya contestada la demanda, esto es, despues de la *litis* contestacion.

*Esc.* Y si muriese la muger, y sus herederos viniesen pidiendo la dote al marido, ¿podrá escepcionar de que cometió adulterio?

*Ab.* No: á no ser que hubiese ya divorcio, ó sobre querella de adulterio estuviese contestada la demanda, la razon, porque en la muerte del delincuente se estingue la pena no solo corporal, sino pecuniaria; y así si antes de la muerte de la muger no se quejó el marido de adulterio, no puede despues servirle la escepcion.

*Esc.* ¿Qué escepciones puede tener la muger para defenderse ó escepcionarse contra la acusacion de adulterio, ademas de la de su inocencia?

*Ab.* Si el marido acusa á uno de los adúlteros sin acusar á los dos siendo ambos vivos, la ley 80 de Toro, el lapso de cinco años, ley 4, tít. 17, Part. 7: si el marido sabedor del adulterio cohabitase con su muger, porque el hecho de juntarse induce remision de la ofensa, ley 5, tít. 7, lib. 4 del Fuero de las leyes: si el marido consintió en el adulterio, bien entendido que esta escepcion ha de ponerse precisamente antes de la contestacion de la demanda para que la sirva de escusa y se castigue al marido, porque despues de la contestacion no la sirva de escusa esta escepcion, ley 7, t. 17, P. 7.

*Esc.* Pues ahora viene bien el que me diga vmd. la pena del marido que contribuye á que su muger adultere.

*Ab.* Por derecho comun la pena de lenon ó delito de lenocinio, que vulgarmente en España se llama alcahuete, era la misma que la del adulterio: hoy en que la pena del adulterio es poner en manos del marido los adúlteros y sus bienes, no puede tener lugar en el delito de lenocinio cometido por el marido; y así aunque la ley 2 *in fine*, lib. 22, Part. 7 impone la pena de muerte al marido lenon, despues de la ley del Fuero y Ordenamiento no sea sino al arbitrio del marido en el adulterio, que no es acomodable al delito que vamos hablando cometido por el mismo marido: la prác-

tica está de que se den azotes tanto á la muger como al marido, y demas que incurren en el delito de lenocinio, y se les saque á dar los azotes con mitra por escarnio, y á los maridos con astas ademas, porque estos no solo son alcahuetes, sino consentidos cabrones.

*Esc.* ¿Por qué se llaman á los maridos consentidos en el adulterio de sus mugeres cabrones?

*Ab.* No salgo por fiador de la especie, porque no he hecho observacion, tú podrás si quieres hacerla: dicen que el macho de cabrío está con mucha quietud, aunque acabe de separarse de la hembra, viendo á otro macho que la cubre, cosa que comunmente no llevan en paciencia los demas animales.

*Esc.* Pues deje vmd. que no he de tardar mucho en averiguarlo de los cabreros; pues sin duda que siendo cierta esa pacífica propiedad del macho cabrío, ha venido bien el que á los maridos consentidos se les dicte con ese nombre, y se les pongan cuernos.

*Ab.* Pues averiguarlo, y no te contentes con el informe de un cabrero, sino el de muchos antiguos y esperimentados; y vamos á la última ley de Toro que es la 83.

## LEY LXXXIII.

*Cuando se probare que algun testigo depuso falsamente contra alguna persona ó personas en alguna cosa criminal, en la cual si no se averiguase su dicho ser falso, aquel ó aquellos contra quien depuso, merescia pena de muerte, ú otra pena corporal; que al testigo averiguándose como fue falso, le sea dada la misma pena en su persona y bienes, como se le debiera dar á aquel, ó aquellos contra quien depuso, seyendo su dicho verdadero, caso que en aquellos contra quien depuso no se ejecute la tal pena, pues por él no quedó de dársela. Lo cual mandamos que se guarde y ejecute en todos los delitos, de cualquier calidad que sean: en las otras cosas criminales y civiles mandamos, que contra los testigos que depusieren falsamente se guarden y ejecuten las leyes de nuestros reinos que sobre ello disponen.*



## COMENTARIO.

*Esc.* Mucha necesidad hay de que las leyes que hablan contra los testigos falsos se observen sin remision.

*Ab.* Y qué tal, ¿no habrá necesidad de aplicar las penas sin remision que están impuestas contra las falsedades de los escribanos?

*Esc.* Lo mismo: yo no sé de escribanos falsos, porque mi escribano era hombre de bien y de verdad, y aunque por ignorancia faltase en cosas accidentales, en las sustanciales no faltaba; pero de testigos falsos he visto muchos, no tanto contra los reos como en favor de ellos, y lo peor es de que juzgan que no hacen mal.

*Ab.* Esa equivocacion depende de que no saben bien la doctrina cristiana, juzgando que el faltar á la verdad como sea en favor de alguno no es pecado, y sí solo cuando deponen contra; porque ignoran la fealdad del crímen de traer á Dios por testigo de cosas falsas, y creen acaso que el pecado está solo en el daño que causan con su dicho falso: ignorando tambien de que se causan daños á la república en que los delitos queden sin castigo. Esta falta de doctrina pudieran remediar los curas si desde niños impusieran á sus feligreses bien en la doctrina cristiana, haciéndoles concebir el odio correspondiente al crímen de traer á Dios por testigo de lo falso, aunque no se siga daño á tercero, y demostrándoles, que ademas de la gravedad del pecado de perjurio, por solo el hecho de faltar á la verdad siempre hay perjuicio, pues lo es el que los delitos queden sin castigo.

*Esc.* A la verdad que mucho pudieran remediar los curas con el cuidado de enseñar bien la doctrina cristiana á sus feligreses; pero aun esto no alcanzaria sin el castigo.

*Ab.* Se supone que el castigo no deben disimular ni dispensar los jueces á los reos de tan grave delito.

*Esc.* Pues vamos con las penas del testigo falso, y luego las del escribano. Digame vmd. ¿quién es testigo falso?

*Ab.* Testigo falso es el que con malicia y dolo responde contra la verdad en lo que sabe cuando es preguntado por juez legítimo y legítimamente.

*Esc.* Y si dice que ignora lo que se le pregunta sabiéndolo, ¿es testigo falso?

*Ab.* En rigor no es testigo falso, porque no atesta de que se le pregunta; pero es testigo que dice falsamente y falta á la verdad del juramento, y así este no es comprendido en las penas de esta ley porque no dice contra alguno, y por ser hombre falso y perjuro se le castigará arbitrariamente.

*Esc.* Y cuando depone en favor del reo en causa, por ejemplo, que se sigue de oficio, y positivamente lo que no es verdad, ¿es testigo falso?

*Ab.* Si testificó con mentira, aunque sea á favor del reo y sin perjuicio de tercero, siempre es testigo falso; pero no es comprendido en las penas de esta ley, y deberá ser castigado arbitrariamente.

*Esc.* ¿Con qué la pena de esta ley solo comprende al testigo que depone falsamente contra alguno?

*Ab.* Así es: la pena de talion que esta ley impone es solo contra el testigo que depone falsamente en causa criminal, de cuyo dicho, si fuese cierto y probado, se le hubiese de imponer el acusado pena *corporis afflictiva*; en cuyo caso al testigo que falsamente depuso manda la ley se le imponga la misma pena que al reo se le impondria, si fuese el dicho verdadero; y esto aunque no se verifique la imposicion de la pena á el contra quien dijo falsamente, pues de parte del testigo no estaba el que no se le impusiese.

*Esc.* Y en las causas criminales en que no haya de venir pena *corporis afflctiva*, ¿en qué pena incurre el falso testigo?

*Ab.* En pena arbitraria: así como al reo verdadero se le impondria á arbitrio del juez.

*Esc.* Y si el delito tuviese por las leyes pena determinada menos que la *corporis afflictiva*, ¿la pena de testigo falso será arbitraria?

*Ab.* Opino que no, por identidad de razon: y así yo siempre le impondria aquella que la ley señala al reo, caso de que el delito fuese cierto; esto es lo menos, porque podian concurrir tales circunstancias que exigiesen el que la



pena fuese mayor á causa de ser muy leve la de la ley para el reo, y ser mucho mayor el delito del testigo por la infraccion del juramento.

*Esc.* Póngame vmd. un ejemplo.

*Ab.* Supon de que hay una ordenanza en que impone pena de un ducado al que entre en las viñas en tiempo de uvas por el hecho solo de entrar: depone un testigo falsamente y con dolo de que el que entró era fulano: no seria condigno castigo el de un ducado, y asi ademas del ducado se le deberá castigar arbitrariamente, segun juzgue prudentemente el juez por la falsedad del juramento.

*Esc.* Lo entiendo: ¿y en las causas civiles qué pena tiene el testigo falso?

*Ab.* Segun la ley 3, tít. 4 del Fuero de las leyes se le impone la pena de sacarle los dientes; pero como estas leyes tengan autoridad solo las que estan en uso, no estándolo hoy esta se castiga con pena arbitraria, ademas de condenarle en los daños y perjuicios que se le hayan seguido á aquel contra cuyo derecho falsamente haya depuesto.

*Esc.* Dígame vmd., ¿y si uno depusiere falsamente en un adulterio, en qué pena incurre el testigo falso?

*Ab.* Si el delito fuese cierto los reos quedaban ellos y sus bienes al arbitrio del marido: con que digan lo que quieran algunos autores, fundados en que se decidió de este ó del otro modo, en este ó aquel tribunal, segun esta ley 83 el testigo y sus bienes deberá quedar al arbitrio de aquellos contra quienes falsamente depuso; y solo en caso de que esten discordes, ó dejen á voluntad de los jueces la pena, podrán arbitrar en ella, ó señalarla segun las circunstancias, como sucede en igual caso en el mismo adulterio, pues señalándose por esta ley la pena del talion al testigo falso, y no siendo hoy la del adulterio precisamente capital, sino arbitraria hasta la capital en el ofendido, deberá ser igualmente la del testigo falso al arbitrio de los ofendidos.

*Esc.* Y si un testigo depusiese falsamente en caso de heregía, ¿qué pena se le ha de imponer?

*Ab.* La misma que se le impondria al reo, á escepcion

de la penitencia, esto es, que si segun nuestras leyes al reo, ademas de la penitencia, se le habia de imponer, caso de probado el delito, doscientos azotes, doscientos azotes al falso testigo: solo como dije la penitencia es la que no se debe imponer al testigo falso, pues esa no es pena en rigor para el público escarmiento, sino para el bien del alma del penitenciado, y satisfaccion á la divina justicia por el reato de la culpa; y esta ley solo dice que al testigo se le impongan las mismas penas que se le habian de imponer al reo si el delito fuese probado, y no dice las penitencias: con que las penas que se impusieran al acusado, caso de que el delito fuese probado, se deben de imponer al testigo que contra él depuso falsamente, pero no la penitencia.

*Esc.* Pero dígame vmd. ¿quién se dice escribano falso?

*Ab.* Dícese escribano falso el que faltando á la fe pública hace un instrumento falso, suplantándole en lugar de otro, ó haciéndole de nuevo, faltando en él á la verdad.

*Esc.* No entiendo cómo es eso de suplantarle.

*Ab.* V. gr. en unos libros de ayuntamiento ú otros documentos, si el escribano con papel del año ya pasado ingiriese un instrumento que en aquel tiempo no se habia hecho, ó al instrumento hecho quitase ó mudase algunas fojas.

*Esc.* Ya entiendo qué es hacer instrumento suplantado; y dígame vmd. ¿en qué pena incurre el escribano que comete falsedad en un instrumento?

*Ab.* Distingo: ó la falsedad es sustancial ó accidental: falsedad sustancial es el faltar á la verdad en lo sustancial del instrumento, como hacer un instrumento en nombre de uno que no le ha otorgado, ó poniendo cosa diversa en la sustancia de lo que el otorgante ha dicho &c.: accidental es cuando el otorgante ha otorgado el instrumento, y ha dicho lo que en él pone el escribano; pero pone la fecha ó dia distinto del en que se otorga, sin que de ellos se sigan perjuicios á tercero; v. gr. un poder en el dia 24 de junio, y pone el 20 de abril, de hacerle en Madrid y decir que es en Getafe.

*Esc.* ¿Y qué pena tiene cuando es sustancial la falsedad?



*Ab.* Cuando la falsedad es sustancial, ó aunque sea de por sí accidental, se sigue perjuicio á tercero: la pena es segun las leyes de las siete Partidas, y la primera tít. 12, lib. 4 del Fuero de las leyes, cortarle la mano derecha, privarle de oficio, y la pena de infamia: cuando la falsedad es accidental, y no se sigue perjuicio á las partes, la pena es arbitraria, y no debe ser leve, pues en la fe de escribano no hay parvidad de materia, porque siendo una persona pública, á cuya fe las leyes dan tanto crédito, el engaño ó falsedad, aunque sea en lo accidental por faltar á la verdad, que es el primer encargo de su empleo, siempre es crimen grave.

*Esc.* ¿Y está en práctica esa ley del Fuero de cortar la mano?

*Ab.* No puedo decirte que está derogada, pues en causas de mucha gravedad acaso se ejecutaria, bien que en ellas incurriria en la pena de muerte, como sucederia si el instrumento falsificado fuese de Rey ó Papa; pero en lo comun puede decirse que no está esa pena en uso, y en vez de ella se les impone la de presidio por mas ó menos años; de modo que hoy cuasi se puede decir que la han venido á hacer arbitraria; pero no lo debe ser, pues aunque la ley del Fuero no esté en uso, las de Partida de privacion, infamia &c. no deben remitirse; y la de cortar la mano debe conmutarse solamente por humanidad en la de presidio, segun práctica; pero eso de arbitrar el juez como en las penas que las mismas leyes dejan á su arbitrio, imponiéndoles solo una corta suspension de oficio y alguna multa, en la falsedad sustancial juzgo que es esceso en el juez, y que quebranta la ley, pues ni la letra ni su espíritu observa, usando de arbitrios en las penas de falso escribano que las leyes han señalado.

*Esc.* Quedo enterado de todo.

*Ab.* Gracias á Dios que hemos dado fin á las leyes de Toro, y solo para concluir esta última te advierto que siendo tanto el mal y tan comun, segun tú has visto, de que los testigos falten á la verdad, para contener los males de tu parte procura inspirar á los alcaldes odio particular

contra tan grave delito como es el de perjurio, estimulándoles á que no dispensen en las penas de las leyes, y en los casos de penas arbitrarias, sean con el rigor que corresponde á un delito de su naturaleza, no disimulándole ni aun en los juicios verbales y leves, y harás un servicio á Dios y á la república.

*Esc.* Quedo en hacer lo que vmd. me encarga en obsequio del nombre santo de Dios y bien de la república.